

GENÈVE I STRASBOURG?
– Betydningen av uttalelser fra FNs
Menneskerettighetskomité i individklagesaker for den
materielle drøftelse i Den Europeiske
Menneskerettighetsdomstol

Kandidatnummer: 223
Leveringsfrist: 15.01.2009

Til sammen 29 535 ord

14.01.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensninger	1
1.2	Avhandlingens metodebruk og rettskildebildet	5
1.3	Den videre fremstillingen	6
<u>2</u>	<u>GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER</u>	<u>8</u>
2.1	Den konvensjonsmessige reguleringen av MRKs betydning for tolkningen av andre konvensjoner	8
2.2	Generelt om EMD, MRK og forholdet mellom organene	12
2.2.1	EMDs rolle som autoritativ fortolker av EMK	12
2.2.2	MRKs rolle – domstol eller politisk organ?	13
2.2.3	Hierarki eller sideordnede organer?	15
2.3	Folkerettslige systemer og prinsipper	16
2.3.1	Self-contained regimes	16
2.3.2	Universalitetsprinsippet	18
2.3.3	Effektivitetsprinsippet	20
2.4	EMDs tilnærming	22
2.4.1	Statlig skjønnsmargin	22
2.4.2	Avveiningen av de grunnleggende utgangspunktene i forhold til avhandlingens problemstilling	25
<u>3</u>	<u>EKSEMPLER FRA EMDS PRAKSIS</u>	<u>28</u>

3.1	Om utvalget av dommene som analyseres	28
3.2	Kurt mot Tyrkia: Artiklene 2 og 3 – Retten til liv og forbud mot tortur	32
3.2.1	Kort om sakens faktum og utfall	32
3.2.2	Problemstilling	33
3.2.3	Henvisningene til uttalelser fra MRK	33
3.2.4	Konklusjon	36
3.3	Fretté mot Frankrike: Artikkel 14+8 – Diskriminering basert på seksuell orientering	37
3.3.1	Kort om sakens faktum og utfall	37
3.3.2	Problemstilling	38
3.3.3	Henvisningen til praksis fra MRK	38
3.3.4	Konklusjon	40
3.4	Issa og andre mot Tyrkia: Artikkel 1 – Domstolens jurisdiksjon	40
3.4.1	Kort om sakens faktum og utfall	40
3.4.2	Problemstilling	41
3.4.3	Henvisningen til MRKs praksis	41
3.4.4	Konklusjon	45
3.5	Py mot Frankrike: TP1-3 – Retten til frie valg	45
3.5.1	Hvorfor problemstillingen kom til behandling i begge organer	45
3.5.2	Kort om sakens faktum og utfall	46
3.5.3	Problemstilling	46
3.5.4	EMDs forhold til uttalelsen fra MRK	46
3.5.5	Konklusjon	48
3.6	Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia: Artikkel 34 – Midlertidige tiltaks bindende karakter	49
3.6.1	Kort om sakens faktum og utfall	49
3.6.2	Problemstilling	49
3.6.3	De relevante uttalelsene fra MRK	50
3.6.4	Henvisningen til uttalelsene fra MRK	51
3.6.5	Konklusjon	54
3.7	Öcalan mot Tyrkia: Artikkel 2 – Retten til liv	54

3.7.1	Kort om sakens faktum og utfall	54
3.7.2	Problemstilling	55
3.7.3	De relevante uttalelsene fra MRK	55
3.7.4	Distinksjon mellom avsigelse og realisering av dødsdom	56
3.7.5	Konklusjon	58
3.8	Riener mot Bulgaria: Artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 – Bevegelsesfrihet	59
3.8.1	Kort om sakens faktum og utfall	59
3.8.2	Problemstilling	59
3.8.3	Henvisningen til praksis fra MRK	60
3.8.4	Konklusjon	62
3.9	Folgerø og andre mot Norge: TP1-2 – Foreldreretten	62
3.9.1	Hvorfor problemstillingen kom til behandling i begge organer	62
3.9.2	Kort om sakens faktum og utfall	63
3.9.3	Problemstilling	63
3.9.4	Forholdet mellom EMDs drøftelse og uttalelsen fra MRK	63
3.9.5	Konklusjon	65
3.10	Saadi mot Storbritannia: Artikkel 5 – Retten til frihet og sikkerhet	65
3.10.1	Kort om sakens faktum og utfall	65
3.10.2	Problemstilling	66
3.10.3	Flertallets votum	66
3.10.4	Mindretallets votum	69
3.10.5	Konklusjon	70
<u>4</u>	<u>BLIR MRKS UTTALELSER FØRENDE FOR EMDS AVGJØRELSE?</u>	<u>71</u>
4.1	Generelt	71
4.2	Relevans	72
4.3	Vekt	73
4.3.1	Tilfeller der MRKs uttalelser får liten eller ingen betydning	74
4.3.2	Tilfeller der MRKs uttalelser får betydning som støtteargument	76
4.3.3	Tilfeller der MRKs uttalelser får betydning som hovedargument	77
4.3.4	Sammenfatning: Vekten MRKs uttalelser tillegges av EMD	81

4.4	Typetilfeller der uttalelser fra MRK får innflytelse på EMDs materielle drøftelse	82
4.5	Utviklingstendens	83
4.6	Hvorfor henviser EMD til uttalelser fra MRK?	87
<u>5</u>	<u>BETRAKTNINGER DE LEGE FERENDA</u>	<u>89</u>
<u>6</u>	<u>KONKLUSJONER</u>	<u>93</u>
6.1	De lege lata	93
6.2	De lege ferenda	95
<u>7</u>	<u>LITTERATUR</u>	<u>A</u>
<u>8</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>F</u>
8.1	Lover	F
8.2	Konvensjoner	F
8.3	Høyesterettsdommer	F
8.4	Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol og -kommisjon	G
8.5	Avgjørelser fra Den internasjonale domstol og Den permanente internasjonale domstol	J
8.6	Uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité	J
8.7	FN-dokumenter	L
8.8	Internettsider	M
8.9	Annet	N

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensninger

Tema for denne avhandlingen er betydningen uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité (MRK) i individklagesaker får for avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Med ”betydning” menes her i hvilken grad uttalelser fra MRK får innflytelse på de avgjørelser som skal fattes av EMD. Innflytelsen kan bestå i at komiteens uttalelser i større eller mindre grad blir førende for EMDs drøftelser, ved at domstolen tar hensyn til og tilpasser seg komiteens løsninger. De sentrale spørsmål blir følgelig hvilken relevans og vekt MRKs uttalelser har som rettskildefaktor for EMD.

Tradisjonelt sonderer man mellom rettskildefaktorer rettsanvenderen *skal* legge vekt på, og faktorer han *kan* legge vekt på.¹ Avhandlingen anlegger en slik sondring. Parallelt med denne sondringen kan man også skille mellom de forskjellige rettskildefaktorenes formelle og reelle betydning. Formell betydning innebærer da at den aktuelle rettskildefaktoren skal tas hensyn til i den grad den er saklig relevant. Komiteens praksis ville dermed ha formell betydning for domstolens avgjørelser dersom domstolen var rettslig forpliktet til å ta hensyn til den. Med reell betydning menes derimot at en rettskildefaktor legges vekt på selv om rettsanvenderen ikke har plikt til det. Den reelle betydningen komiteens praksis får vil dermed vise seg i at domstolen trekker komiteens praksis inn i sine drøftelser, selv om den ikke plikter å gjøre det.

Betydningen komiteens uttalelser får for avgjørelser fra EMD gir seg utslag i mange forskjellige former. Uttalelsene kan få innflytelse både på vurderinger den enkelte dommer foretar seg, på rådslagningen og på premissene som anføres som begrunnelse for domstolens avgjørelser. Den samlede betydning komiteens uttalelser får er dermed svært

¹ Se dog Andenæs *Innføring i rettsstudiet* (2002) s. 58-59 for kritikk av en slik sondring.

omfattende, og en analyse av den samlede betydning ville sprengte avhandlingens rammer. Av hensyn til begrensningen i slike avhandlingers omfang er det derfor nødvendig å foreta visse avgrensninger, som vil presisere hvilke sider av betydningen komiteens uttalelser får det skal fokuseres på her.

Skillet mellom overveielser og begrunnelser er en viktig sonndring i denne forbindelse. Med ”overveielse” menes den psykologiske prosess som leder frem til et standpunkt, mens det med ”begrunnelse” siktes til det som sies eller skrives for å forklare, forsvare eller supplere et standpunkt.² Det må kunne forutsettes at dommerne i EMD bruker mye tid på å sette seg inn i avgjørelser fra andre organer, og følgelig har god kjennskap til uttalelser i individklagesaker fra MRK. Komiteens praksis kan dermed være til inspirasjon og tjene som eksempel til etterfølgelse, uten at dette nødvendigvis kommer til uttrykk i domstolens premisser. På denne måten kan MRKs praksis i enkelte tilfeller tenkes å ha betydning for EMDs overveielser, uten at dette nødvendigvis vises i domstolens begrunnelser. Avhandlingen begrenser seg imidlertid til å analysere hvilken betydning komiteens praksis får som argument i domstolens begrunnelser slik de er anført i domspremissene. En slik avgrensning er hensiktsmessig, da slutninger til den bakenforliggende overveielse raskt vil kunne bli spekulative.

Avhandlingens tema har interesse for spørsmål omkring fragmentering av folkeretten. Fragmentering har de seneste årene vært et av de mest diskuterte temaer i folkeretten. FNs folkerettskommisjon (ILC) vedtok i 2000 under den 52. sesjonen³ å innlemme fragmentering av folkeretten i sitt langtidsprogram, og nedsatte i 2002 under den 54. sesjonen⁴ en egen forskergruppe på temaet.⁵ Forskergruppens analyse og konklusjoner

² Eckhoff og Sundby *Rettssystemer* (1991) s. 157.

³ Report of the International Law Commission, Fifty-second session, A/55/10.

⁴ Report of the International Law Commission, Fifty-fourth session, A/57/10.

⁵ http://untreaty.un.org/ilc/summaries/1_9.htm, besøkt 26. oktober 2008.

forelå i 2006.⁶ I tillegg har fragmentering av folkeretten blitt behandlet i enorme mengder juridisk litteratur.

En side av folkerettens fragmentering er at det inngås et økende antall menneskerettighetskonvensjoner med tilhørende gjennomføringsmekanismer. Som en følge av dette har det blitt etablert en rekke nye internasjonale domstoler og domstollignende organer de seneste tiårene, som treffer et stort antall avgjørelser hvert år. Enkelte konvensjoner regulerer samme emne, slik for eksempel Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)⁷ på globalt nivå og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)⁸ på regionalt nivå. Dermed får også klageorganene som hører til de forskjellige systemene overlappende kompetanse. En og samme handling kan reise spørsmål om mulig brudd av både SP og EMK, og en viss harmonisering av organenes virksomhet er nødvendig for å unngå å bidra til fragmentering av folkeretten.

Avhandlingen tar for seg et avgrenset område innenfor EMDs metode, navnlig hvordan EMD forholder seg til uttalelser i individklagesaker fra MRK. Problemstillingen er aktuell også sett fra norske rettsanvenderes ståsted. Høyesterett har ved en rekke anledninger uttalt at norske domstoler i tolkningen av EMK skal anvende samme metode som EMD – riktignok med forbehold om at norske domstoler ikke bør anlegge en for dynamisk tolkning av konvensjonen.⁹ EMK er inkorporert som norsk lov og gitt forrang i tilfelle av motstrid

⁶ Henholdsvis A/CN.4/L.682, 13 April 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission og A/CN.4/L.702, 18 July 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission.

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. november 1950.

⁹ Jf. for eksempel plenumsavgjørelsene Rt. 2000 s. 996 på s. 1007-1008 og Rt. 2002 s. 557 på s. 565, se også Frøberg *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor* i Jussens Venner 2007 s. 176-194 på s. 180.

med annen lovgivning, jf. menneskerettsloven¹⁰ §§ 2 nr. 1 og 3. Å forstå hva EMDs metode innebærer er derfor avgjørende for å kunne fastlegge gjeldende norsk rett. Domstolens metode favner naturlig nok mye videre enn å tilpasse seg andre organers praksis, og i tillegg er uttalelser fra MRK bare ett eksempel på praksis fra andre organer som kan få betydning for tolkningen av EMK. Avhandlingen begrenser seg imidlertid til å behandle EMDs forhold til MRKs praksis, slik at en generell fremstilling av EMDs metode faller utenfor avhandlingens problemstilling.¹¹ Siktemålet med avhandlingen er følgelig å bidra til å klargjøre en del av EMDs metode som så langt ikke har blitt behandlet i nevneverdig grad i juridisk litteratur, ved å redegjøre for betydningen praksis fra MRK har som rettskildefaktor for EMD.

Avhandlingen begrenser seg til å drøfte betydningen av MRKs uttalelser i individklagesaker. Med komiteens ”uttalelser” menes dermed uttalelser i snever forstand, slik begrepet brukes som oversettelse av det komiteen selv kaller ”views” – altså behandling av individklagesaker. Utenfor avhandlingens tema faller betydningen av statsrapporter og generelle kommentarer. En slik avgrensning er nødvendig av hensyn til begrensningen i omfanget av slike avhandlinger. En analyse av betydningen komiteens samlede virke får for avgjørelser fra EMD ville bli altfor omfattende, slik at det må foretas et utvalg blant komiteens oppgaver. Avhandlingen velger å rette fokus mot uttalelser i individklagesaker, da denne delen av komiteens oppgaver ligner mest på domstolens oppgaver, og således er godt egnet til å illustrere innflytelsen komiteen i egenskap av håndhever av individenes rettigheter har på domstolens virke.

Endelig vil avhandlingen kun ta for seg betydningen komiteens uttalelser har blitt tillagt i dommer fra EMD. Utenfor avhandlingens rammer faller dermed betydningen komiteens

¹⁰ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 (nr. 30).

¹¹ Se Elgesem *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode* i Lov og Rett 2003 s. 203-231 og Matscher *Methods of Interpretation of the Convention* i Macdonald et al. *The European system for the protection of human rights* (1993) s. 63-81 for relativt kortfattede generelle fremstillinger av EMDs metode.

praksis måtte ha fått for andre avgjørelser domstolen fatter, slik som avgjørelser av om en sak skal tas til realitetsbehandling eller ikke.

1.2 Avhandlingens metodebruk og rettskildebildet

Avhandlingen søker å klarlegge i hvilken grad MRKs praksis blir førende for den materielle drøftelse i EMD. Mens rettstilstanden *de lege lata* analyseres i kapitlene 3 og 4, foretas det i kapittel 5 vurderinger *de lege ferenda*. Som utgangspunkt vil dermed disse delene gjøre bruk av henholdsvis rettsdogmatisk og rettspolitisk metode. Det kan imidlertid spørres om det i det hele tatt er mulig å sonde skarpt mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk,¹² og det er ikke nødvendigvis hensiktsmessig å anlegge en slik streng sontring her. En sentral del av avhandlingen vil være å forsøke å identifisere rettskildeprinsippene som ligger bak domstolens rettskildemessige standpunkter. Avhandlingen søker ut fra holdepunkter i domspremissene å finne frem til hvilke rettslige normer som virket inn på EMDs standpunkt til rettskildespørsmål – og legger seg således på et metanivå i forhold til den løpende diskusjon av hva som er gjeldende rett.

I en analyse av EMDs metode vil domstolens praksis utgjøre den sentrale rettskildefaktor. Avhandlingen søker imidlertid ikke å gi en uttømmende analyse av samtlige tilfeller i domstolens rikholdige praksis der uttalelser fra MRK har hatt betydning. Av to grunner fremstår det mer hensiktsmessig å foreta en kvalitativ fremfor en kvantitativ analyse av domstolens praksis. For det første er EMD en permanent domstol, der den samme metoden i utgangspunktet skal gjelde i alle saker. En grundig analyse av samtlige tilfeller der EMD har drøftet betydningen av praksis fra MRK er dermed ikke nødvendig for å få fram et pålitelig bilde av domstolens tilnærming til problemstillingen.¹³ For det andre gjør begrensningen i slike avhandlingers omfang det nødvendig å foreta et utvalg av dommer

¹² Høgberg *Kontraktstolkning* (2006) s. 93, i note 320 med videre henvisninger.

¹³ Se motsatt for *ad hoc* tribunaler – der en kvantitativ analyse vil være å foretrekke – Fauchald *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis* i *The European Journal of International Law* Vol. 19 (2008) No. 2 s. 301-364 på s. 307-308.

som underlegges en grundigere analyse.¹⁴ Selv om det bare er dommer fra EMD som underlegges nærmere analyse, vil også prosessuelle avgjørelser fra domstolen trekkes inn der de er egnet til å kaste lys over betydningen av MRKs uttalelser for EMDs materielle dommer.

I tillegg baserer avhandlingen seg i stor grad på fremstillinger i juridisk litteratur. Da avhandlingens problemstilling bare i meget begrenset grad er behandlet i norsk litteratur, vil utenlandsk litteratur få en fremtredende plass. Også i utenlandsk litteratur behandles avhandlingens problemstilling bare unntaksvis direkte. Noe av årsaken til at temaet i såpass liten utstrekning er behandlet i juridisk litteratur kan være at problemstillingen virker å være relativt ny, i den forstand at nesten alle dommene der EMD henviser til uttalelser fra MRK er avsagt etter tusenårsskiftet. Litteraturen det henvises til behandler derfor i all hovedsak tilstøtende problemstillinger. Avhandlingen begrenser seg til skandinavisk- og engelskspråklig litteratur.

1.3 Den videre fremstillingen

I det følgende vil jeg i kapittel 2 redegjøre for enkelte grunnleggende prinsipper som danner utgangspunktet for problemstillingen. Herunder skal både problemstillingens rettslige utgangspunkter, teoretiske beskrivelser av folkerettslige prinsipper og domstolens egen tilnærming til problemstillingen behandles. Disse utgangspunktene danner fundamentet for den videre drøftelsen.

Videre vil jeg i kapittel 3 analysere et utvalg dommer der EMD i større eller mindre grad har henvist til uttalelser fra MRK. Kapitlet fokuserer på hvilken relevans og vekt som rettskildefaktor domstolen tillegger uttalelser fra MRK.

¹⁴ Se for øvrig avsnitt 3.1.

Derneft vil jeg i kapittel 4 drøfte hvorvidt det i domstolens praksis kan spores en tendens til at MRKs uttalelser blir førende for EMDs avgjørelser. Kapitlet bygger videre på analysen foretatt i kapittel 3, og skal utdype funnene som ble gjort der.

Analysedelen gir foranledning til noen betraktninger *de lege ferenda*, som skal diskuteres i kapittel 5. Her vil analysens funn sees i lys av hvilken betydning uttalelser fra MRK *bør* få.

Endelig vil avhandlingens hovedpunkter sammenfattes i en konklusjon i kapittel 6.

2 Grunnleggende utgangspunkter

2.1 Den konvensjonsmessige reguleringen av MRKs betydning for tolkningen av andre konvensjoner

EMK inneholder ikke noen bestemmelse som foreskriver hvordan EMD skal forholde seg til avgjørelser fra andre internasjonale organer. Artikkel 38 i statuttene til Den internasjonale domstol (ICJ)¹⁵ og artikkel 31 (3)(c) i Wienkonvensjonen om traktatretten (VCLT)¹⁶ gir derimot rettslig grunnlag for å legge vekt på andre organers praksis. Ingen av bestemmelsene er bindende for EMD, men de er begge uttrykk for folkerettslig sedvanerett,¹⁷ slik at reglene de kodifiserer danner utgangspunktet også for EMDs tolkning av EMK. Det kan imidlertid spørres om MRKs uttalelser faller inn under disse bestemmelsene.

Artikkel 38 i ICJ statuttene lister opp de relevante rettskildefaktorer for ICJ. Med forbehold om at rettsavgjørelser bare er bindende for sakens parter, foreskriver artikkel 38 (1)(d) at ”judicial decisions” skal anvendes som subsidiær rettskildefaktor. I tråd med denne bestemmelsen legger internasjonale domstoler og tribunaler først og fremst vekt på egen praksis,¹⁸ noe EMD gjør i stor utstrekning. Men også avgjørelser fra andre internasjonale organer vil falle inn under denne bestemmelsen.¹⁹ Praksis fra andre internasjonale organer vil dermed være en relevant rettskildefaktor for EMD.

¹⁵ Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945.

¹⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969.

¹⁷ Cassese *International law* (2005) s. 179, 183 og 194.

¹⁸ Zimmermann *The Statute of the International Court of Justice: a commentary* (2006) s. 785.

¹⁹ Rosenne *The Law and Practice of the International Court 1920-2002, volume III Procedure* (2006) s. 1551.

Det er ikke dermed nødvendigvis sagt at komiteens uttalelser faller under artikkel 38 (1)(d). MRK er ikke noen domstol, dens kompetanse til å avgjøre individklager er frivillig og uttalelser i individklagesaker heller ikke er bindende for partene. Det kan derfor innvendes at uttalelser fra MRK ikke er rettsavgjørelser, og av den grunn ikke passer under denne bestemmelsen.²⁰ Uttalelsene måtte i tilfelle heller falle under artikkel 38 (1)(b), som en indikator på folkerettslig sedvane.²¹ På den annen side bygger komiteen opp sine avgjørelser langs de samme linjer som EMD. Komiteen argumenterer i det vesentlige på samme måte som EMD, så uttalelsene vil nok av leseren kunne oppfattes som en rettsavgjørelse.²² I tillegg henviste ICJ i den rådgivende uttalelsen om muren i Palestina blant annet til uttalelser fra MRK.²³ ICJ er formelt bundet av statuttene, og det må etter denne rådgivende uttalelsen legges til grunn at ICJ anser komiteens uttalelser for å falle inn under artikkel 38 – hva enten dette kan forankres i første ledd bokstav (d) eller bokstav (b).

VCLT artikkel 31 (3)(c), på sin side, foreskriver at "[t]here shall be taken into account, together with the context ... any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". Artikkelen slår fast at når man tolker en bestemmelse i sin kontekst, skal man ta i betraktning enhver relevant folkerettslig regel som er anvendbar på forholdet mellom partene. Spørsmålet her blir dermed om MRKs praksis utgjør en slik folkerettslig regel som EMD skal ta i betraktning.

Det må anlegges en bred forståelse av hva som utgjør en folkerettslig regel,²⁴ og komiteens praksis oppfyller klart nok dette kriteriet. Mer problematisk er spørsmålet om denne regelen er "anvendelig på forholdet mellom partene". "Partene" det her er snakk om er alle

²⁰ Høstmælingen *Internasjonale menneskerettigheter* (2003) s. 99.

²¹ Ibid. s. 93.

²² Loc. cit.

²³ Zimmermann *The Statute of the International Court of Justice: a commentary* (2006) s. 788 med videre henvisning til *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136 avsnitt 109.

²⁴ Linderfalk *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2007) s. 194.

partene til den konvensjonen som skal tolkes,²⁵ slik at MRKs praksis må være anvendelig overfor samtlige av EMKs medlemsland for å fylle dette kriteriet. Selv om samtlige av Europarådets medlemmer har ratifisert SP,²⁶ har ikke Monaco, Sveits og Storbritannia ratifisert tilleggsprotokoll 1 som etablerer MRK – og følgelig ikke akseptert dens kompetanse.²⁷ Suverenitetsprinsippet innebærer at statene bare er underkastet håndhevningsorganers kompetanse der de uttrykkelig har akseptert organets myndighet. De manglende ratifiseringer taler dermed mot at komiteens uttalelser skal anses som en folkerettslig regel som er anvendelig overfor alle Europarådets medlemsstater.

Det er imidlertid uklart hva artikkel 31 (3)(c) konkret innebærer,²⁸ og ratifisering av tilleggsprotokoll 1 til SP er ikke nødvendigvis et absolutt krav for at komiteens uttalelser i tolkningen av EMK vil falle inn under bestemmelsen. Praksis har vist at EMD stiller seg nokså fritt i forhold til hvilke andre folkerettslige rettskildefaktorer som kan trekkes inn i drøftelsen og legges vekt på, og har i alle tilfelle ved en rekke anledninger uttrykkelig henvist til uttalelser fra MRK i sine premisser.²⁹ Domstolen anerkjente i plenumsavgjørelsen *Golder mot Storbritannia*³⁰ at den i sin tolkning av EMK må ta utgangspunkt i bestemmelsene i VCLT artiklene 31-33, og det ble pekt på at artikkel 31 (3)(c) indikerer at andre regler i folkeretten skal tas i betraktning.³¹ Dette ble videreført i *Al-Adsani mot Storbritannia*³² der domstolen la til grunn at ”The Convention ... cannot be interpreted in a vacuum”, og videre slo fast at ”The Convention should so far as possible be

²⁵ Linderfalk *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2007) s. 178.

²⁶ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/4.htm>, besøkt 12. desember 2008.

²⁷ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>, besøkt 12. desember 2008.

²⁸ Linderfalk *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2007) s. 178.

²⁹ Jf. dommene som behandles i kapittel 3.

³⁰ Judgment of 21 February 1975, *Golder v. The United Kingdom*.

³¹ Ibid. avsnittene 29 og 35.

³² Judgment of 21 November 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom*.

interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part”.³³

Domstolen ytrer her en intensjon om å bestrebe seg å legge til grunn de tolkningsmuligheter som er i harmoni med reglene i folkeretten for øvrig. Selv om EMK hører til systemet under Europarådet, lever den ikke fullstendig isolert fra resten av folkeretten, og den kan ikke tolkes i et vakuum.

Artikkel 31 (3)(c) tjener dermed et videre formål enn bare å foreskrive tolkningsmetoden rettsanvenderen skal anlegge – den blir også et viktig verktøy for å motvirke motstrid mellom internasjonale normer. ILC formulerer prosessen som at ”although a tribunal may only have jurisdiction in regard to a particular instrument, it must always *interpret* and *apply* that instrument in its relationship to its normative environment – that is to say ‘other’ international law. This is the principle of systemic integration to which article 31 (3) (c) VCLT gives expression”.³⁴ Funksjonen prinsippet om systemisk integrering tjener kan billedlig beskrives som en universalnøkkel i en stor bygning, på den måten at ”a treaty will normally be capable of interpretation and application according to its own terms and context. But in hard cases, it may be necessary to invoke an express justification for looking outside the four corners of a particular treaty to its place in the broader framework of international law, applying general principles of international law”.³⁵ Dette betyr at rettsanvenderen normalt ikke vil behøve å trekke inn de rettskildefaktorer som faller under bestemmelsen. Bare i ”hard cases” vil han måtte gjøre det – for eksempel dersom få av de tradisjonelt viktige rettskildefaktorer foreligger. Det vil dermed neppe være aktuelt å trekke inn uttalelser fra komiteen i saker der løsningen er kurant ut fra det øvrige rettskildebildet.

³³ Judgment of 21 November 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom* avsnitt 55.

³⁴ A/CN.4/L.682, 13 April 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, avsnitt 423.

³⁵ McLachlan *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* i *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005) s. 279-320 på s. 280-281.

Vi har sett at ICJ artikkel 38 og VCLT artikkel 31 er uttrykk for folkerettslig sedvanerett, slik at reglene de gir uttrykk for vil komme til anvendelse også når EMD tolker EMK. ICJs praksis har vist at MRKs uttalelser utgjør en relevant rettskildefaktor som faller under artikkel 38, og EMDs praksis har vist at domstolen stiller seg rimelig fritt i å trekke inn internasjonale rettskildefaktorer i medhold av artikkel 31. Konklusjonen her må dermed bli at komiteens uttalelser faller inn under uttrykkene i de to bestemmelsene, og at det dermed finnes rettslig grunnlag for EMD til å gjøre bruk av komiteens praksis i sine drøftelser.

2.2 Generelt om EMD, MRK og forholdet mellom organene

2.2.1 EMDs rolle som autoritativ fortolker av EMK

EMK oppretter i del II EMD som konvensjonens kontrollorgan. EMDs oppgave er å påse at statene overholder konvensjonen, jf. artikkel 19. Dette skjer ved at domstolen mottar og behandler både stats- og individklager, jf. artiklene 33 flg. Individklager er det mest praktiske – statsklager finnes det kun noen få eksempler på.

Domstolens kompetanse i avgjørelsen av forelagte klager følger av artikkel 32.

Kompetansen er vidt formulert – den omfatter ”all matters concerning the interpretation and application of the Convention and the protocols thereto”. Ved sin dynamiske tolkningsstil utvikler domstolen i enkelte tilfeller rettighetene, slik at rettighetenes innhold kan endre seg noe over tid. På denne måten er domstolen rettsutviklende, men skal likevel ikke være rettsskapende i form av å lese nye rettigheter inn i konvensjonen.³⁶ I motsetning til hva som er tilfelle med mange andre internasjonale organer, er domstolens avgjørelser i tillegg bindende for staten som er part i saken, jf. artikkel 46 nr. 1. I tillegg kan domstolen i medhold av artikkel 41 tilkjenne klageren kompensasjon, dersom den finner at staten har begått konvensjonsbrudd.

³⁶ Jacobs *The European Convention on Human Rights* (2006) s. 46 med videre henvisning til EMDs plenumsavgjørelse i Judgment of 18 December 1986, *Johnston and Others v. Ireland* avsnitt 53.

Samlet gir dette EMD en helt sentral rolle som det organ som tolker og utfyller konvensjonens bestemmelser.³⁷ Domstolen er opprettet som konvensjonens gjennomføringsmekanisme, den har vid kompetanse hva angår fortolkning og anvendelse av konvensjonen, og dens avgjørelser er bindende for sakens parter. Kompetansen til å treffe bindende avgjørelser gir domstolens fortolkninger en særlig autoritet.

2.2.2 MRKs rolle – domstol eller politisk organ?

Komiteens virke består av flere forskjellige oppgaver: Den både behandler statsrapporter,³⁸ utarbeider generelle kommentarer³⁹ og vil behandle statsklager dersom det systemet skulle tas i bruk.⁴⁰ Endelig behandler komiteen individklager,⁴¹ og det er betydningen av denne delen av komiteens kompetanse som er tema for denne avhandlingen. Det kan spørres om komiteen i dette arbeidet opptrer som en domstol eller som et mer politisk organ.

Komiteen er opprettet i medhold av SP artikkel 28 flg. Den er et permanent organ, men samles bare til tre årlige sesjoner, jf. regel 2 i prosedyrereglene.⁴² En sesjon varer vanligvis i tre uker, og i 2008 var komiteen samlet i periodene 17. mars til 4. april, 7. til 25. juli og 13. til 31. oktober.⁴³ Komiteen består av 18 medlemmer, som velges for fire år av gangen, jf. artikkel 32 (1). Statene nominerer potensielle komitémedlemmer til valg, men de valgte medlemmene utfører vervet i personlig egenskap – og er altså uavhengig av statene, jf. artiklene 29 (1) og 28 (3). Medlemmene må være ”persons of high moral character and recognized competence in the field of human rights”. De trenger ikke nødvendigvis være jurister, men konvensjonen fremhever nyttheten av at noen av dem har ”legal experience”, jf. artikkel 28 (2). Komiteen vil dermed ikke bestå utelukkende av jurister,

³⁷ Rytter *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - og dansk ret* (2006) s. 57.

³⁸ Jf. SP artikkel 40 (4).

³⁹ Jf. SP artikkel 40 (4).

⁴⁰ Jf. SP artiklene 41-42.

⁴¹ Jf. SP første tilleggsprotokoll, se note 48.

⁴² Rules of procedure of the Human Rights Committee: 24/04/2001, CCPR/C/3/Rev.6.

⁴³ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>, besøkt 29. desember 2008.

men artikkel 28 (2) legger opp til at man i nominasjons- og valgomgangen skal sikre at i hvert fall noen av dens medlemmer har juridisk bakgrunn. Denne sammensetningen gir komiteen et mer kvasijuridisk preg enn hva som vanligvis kjennetegner internasjonale domstoler.

Tomuschat har uttalt at "[t]he Committee was not an international court but was similar to one in certain respects, particularly in regard to its obligation to be guarded by exclusively legal criteria – which rightly distinguished it from a political body".⁴⁴ Komiteen blir etter dette synet verken en domstol eller et politisk organ, men får en mer formløs karakter som består av både "judicial, quasi-judicial" og en rekke andre funksjoner.⁴⁵ Komiteens karakter vil variere etter blant annet hvilken funksjon den utfører, og i så måte er behandling av individklagesaker den mest juridiske av komiteens oppgaver. Selv om komiteens uttalelser ikke er juridisk bindende for statene, må de anses som mer enn bare anbefalinger. Uttalelsene er det endelige utfallet av klageprosessen, og komiteens uttalelser må behandles som den autoritative tolkningen av SPs bestemmelser.⁴⁶ Praksis har vist at komiteen i stor grad har lyktes med å unngå politisering, og med det bevart uavhengigheten sin.⁴⁷ I egenskap av klageorgan har komiteen langt på vei samme karakter som domstoler som for eksempel EMD.

På den annen side er komiteens kompetanse til å behandle individklager ikke obligatorisk. Ratifisering av SP er ikke nok til å kunne bringe en individklage inn til MRK – staten må i tillegg ha ratifisert konvensjonens første tilleggsprotokoll⁴⁸ for å underkaste seg komiteens kompetanse i individklagesaker.⁴⁹ Komiteen har ikke myndighet til å fatte bindende

⁴⁴ McGoldrick *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights* (1991) s. 54 med videre henvisning.

⁴⁵ Ibid. s. 55.

⁴⁶ Scheinin *Leading cases of the Human Rights Committee* (2007) s. 23.

⁴⁷ Nowak *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary* (2005) s. 670.

⁴⁸ Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

⁴⁹ Nowak *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary* (2005) s. 824.

avgjørelser, og mangler således et sentralt trekk ved en domstol. I motsetning til hva som er vanlig for domstoler brukes begreper som "behandle" i stedet for "avgjøre", og "synspunkter" i stedet for "dom". Begrepsbruken skyldes at mange av statene nettopp ikke ønsket å etablere en domstol, men heller et mer uforpliktende organ.⁵⁰

Det er dermed klart at komiteen i hvert fall ikke er en domstol, slik man vanligvis definerer begrepet. MRK mangler grunnleggende kjennetegn som forbindes med domstoler. Forhold som at komiteen ikke treffer juridisk bindende avgjørelser kan medføre at det blir lettere for komiteen å anlegge en lavere terskel for å konstatere krenkelse enn en domstol ville ha gjort.

2.2.3 Hierarki eller sideordnede organer?

Et spørsmål er om EMD og MRK er sideordnede organer, eller om det ene er underordnet det andre. Man kunne tenke seg at MRK som det globale organ hadde høyere status enn det regionale EMD. Det finnes imidlertid ikke noe formelt hierarki i folkeretten – muligens med unntak av FNs sikkerhetsråd. Når det gjelder internasjonale domstoler og domstollignende organer, er hvert organ selvstendig og uavhengig i forhold til andre. Det eksisterer muligens i dag en generell oppfatning om at ICJ står i et særlig forhold til andre organer,⁵¹ men EMD står i alle tilfelle ikke i noe underordnet forhold til MRK. Organene er sidestilt, og EMD er dermed ikke formelt bundet til å følge de samme løsninger som MRK. I den grad domstolen velger å legge vekt på komiteens uttalelser, er det heller et utslag av at man har latt seg inspirere av komiteens avgjørelse.

⁵⁰ Høstmælingen *Internasjonale menneskerettigheter* (2003) s. 362.

⁵¹ Rosenne *The Law and Practice of the International Court 1920-2002, volume III Procedure* (2006) s. 1553.

2.3 Folkerettslige systemer og prinsipper

Generelle prinsipper yter betydelig bidrag i rettsområdet internasjonale menneskerettigheter,⁵² og utgjør en viktig del av EMDs rettskildelære. For å kunne forstå og analysere domstolens metodebruk er det derfor nødvendig å kjenne til de grunnleggende prinsipper som gjør seg gjeldende, og som tidvis må avveies mot hverandre.

2.3.1 Self-contained regimes

Domstolens rolle som EMKs autoritative fortolker innebærer som utgangspunkt at den ikke behøver å ta hensyn til rettslige argumenter som har sitt opphav utenfor systemet under Europarådet. Systemer som er fullstendig autonome og lukket i forhold resten av folkeretten kalles gjerne ”*self-contained regimes*”. Menneskerettighetskonvensjoner har i juridisk litteratur blitt brukt som eksempel på systemer som kan tenkes å utgjøre self-contained regimes,⁵³ og et sentralt spørsmål i forhold til avhandlingens problemstilling blir dermed om systemet under Europarådet kan anses som et system som i større eller mindre grad utelukker anvendelsen av andre regler i folkeretten ved rettsbrudd.

Begrepet ”self-contained regimes” har imidlertid ikke noe entydig innhold, og det opereres med noe forskjellige definisjoner. Det ble første gang lansert av The Permanent Court of International Justice (PCIJ) allerede i 1923 i saken *SS Wimbledon*⁵⁴, da som betegnelse på et samordnet system av primærregler med egne tilhørende sekundærregler. Spørsmålet i saken var om de bestemmelser i Versaillestraktaten⁵⁵ som gjaldt tyske kanaler generelt også gjaldt Kielkanalen. Traktaten inneholdt en egen del som omhandlet Kielkanalen, og disse bestemmelsene avvek innholdsmessig fra de generelle. Domstolen kom derfor til at ”[t]he provisions relating to the Kiel Canal in the Treaty of Versailles are therefore self-

⁵² Rehman *International human rights law: a practical approach* (2003) s. 21.

⁵³ Simma *Self-Contained Regimes* i XVI Netherlands Yearbook of International Law (1985) s. 111-136 på s. 129 flg.

⁵⁴ *Case of the SS Wimbledon*, PCIJ Series A, No. 1 (1923).

⁵⁵ Treaty of peace between the allied and associated powers and Germany, Versailles 28. juni 1919.

contained”.⁵⁶ PCIJ anvendte altså konseptet self-containment på forholdet mellom primærregler,⁵⁷ og kom til at primærreglene og sekundærreglene som omhandlet Kielkanalen utgjorde her et slikt samordnet hele som kvalifiserer for betegnelsen self-contained regime.

I den såkalte *Tehran Hostages*-saken⁵⁸ fra 1980 anla ICJ en noe annen definisjon. Begrepet ble her brukt om sekundærregler som krever forrang foran generelle regler som gjelder konsekvensene av en krenkelse.⁵⁹ ICJ uttalte at ”[t]he rules of diplomatic law, in short, constitute a self-contained regime which, on the one hand, lays down the receiving State’s obligations regarding the facilities, privileges and immunities to be accorded to diplomatic missions and, on the other, foresees their possible abuse by members of the mission and specifies the means at the disposal of the receiving States to counter any such abuse”.⁶⁰ Den internasjonale domstol kom altså til at diplomatretten utgjorde et self-contained regime, slik at stater som blir utsatt for en krenkelse kun kan anvende diplomatrettens sanksjoner.⁶¹

ILC gjør bruk av ytterligere en tilnærming til fenomenet. ILC behandler self-contained regimes i forbindelse med artikkel 55 i kodifiseringen av statsansvar under synsvinkelen *lex specialis*, og i kommentarene til artikkel 55 slås det fast at bestemmelsen omfatter ”both ’strong’ forms of *lex specialis*, including what are often referred to as self-contained

⁵⁶ *Case of the SS Wimbledon*, PCIJ Series A, No. 1 (1923) s. 23-24.

⁵⁷ Simma og Pulkowski *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law* i *The European Journal of International Law* Vol. 17 (2006) No. 3 s. 483-529 på s. 491.

⁵⁸ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, ICJ Reports 1980 s. 3.

⁵⁹ Se A/CN.4/L.682, 13 April 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission avsnitt 128.

⁶⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, ICJ Reports 1980 s. 3 avsnitt 86.

⁶¹ Se også White og Abass i Evans *International law* (2006) s. 517.

regimes, as well as 'weaker' forms".⁶² Hva som utgjør slike "'strong' forms of *lex specialis*" defineres ikke, men begge de to ovennevnte sakene vises til som praktiske eksempler.

Hvorvidt man kaller EMK for et undersystem, en "svakere" form for *lex specialis* eller et self-contained regime er imidlertid ikke det sentrale her. Tanken om et rendyrket self-contained regime som fullstendig ekskluderer anvendelsen av generelle folkerettsregler er ikke særlig fruktbar, og det fins heller ingen eksempler på et slikt fullstendig lukket system. Det er snarere snakk om forskjellige grader av hvor lukket et system er.⁶³ En side av analysen i kapitlene 3 og 4 nedenfor blir å undersøke i hvilken grad systemet under Europarådet utgjør et lukket system.

2.3.2 Universalitetsprinsippet

Universalitet generelt går ut på at noe gjelder for alle tilfeller. Universalitetsprinsippet på menneskerettighetenes område går dermed ut på at menneskerettighetene skal gjelde for alle mennesker til enhver tid og i alle situasjoner, eller sagt med andre ord at menneskerettighetene "are and must be the same everywhere".⁶⁴ En slik universalitet utelukker anvendelsen av kriterier som begrenser kretsen rettighetene gjelder for, det være seg tid, sted, nasjonalitet, rase, kjønn, alder, språk, politisk eller annen oppfatning osv.⁶⁵

Motstykket til menneskerettighetenes universalitet er såkalt kulturel relativisme. Relativisme går i denne sammenhengen ut på at menneskerettighetene bestemmes ut fra faktorer som bl.a. historie, kultur og økonomi – og at de dermed nettopp ikke er de samme overalt og til

⁶² Crawford *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries* (2002) s. 308, kommentar (5).

⁶³ A/CN.4/L.682, 13 April 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission avsnitt 152 (5).

⁶⁴ Steiner *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials* (2008) s. 517.

⁶⁵ Brems *Human rights: universality and diversity* (2001) s. 4.

enhver tid. I praksis er det neppe snakk om et enten/eller, men snarere forskjellige grader av universalitet og relativisme.⁶⁶

FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter⁶⁷ forutsetter allerede i tittelen, som på engelsk lyder ”*Universal Declaration of Human Rights*” [min kursivering], at menneskerettighetene er universelle. I fortalens siste avsnitt heter det videre at erklæringen proklameres som ”a common standard of achievement for all peoples and all nations”. I slutterklæringen og handlingsprogrammet fra Wienkonferansen om menneskerettigheter i 1993 uttales det at ”[t]he universal nature of these rights and freedoms is beyond question”.⁶⁸ Dette tyder på at FN-systemet legger til grunn at menneskerettighetene er universelle. Samtidig gav FNs asiatiske medlemsland i Bangkokerkleringen⁶⁹ artikkel 8 uttrykk for at ”while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds”. Dette tyder på at det ikke eksisterer noen konsensus om at menneskerettighetene er universelle – heller ikke mellom medlemslandene til SP og EMK. Tanken om menneskerettighetenes universalitet må dermed modereres noe.

Donnelly argumenterer for det han kaller svak kulturrelativisme både *de lege lata* og *de lege ferenda*.⁷⁰ Svak kulturrelativisme går ut på at universelle menneskerettigheter bare anses å være underlagt sekundære kulturelle modifikasjoner.⁷¹ Slike modifikasjoner

⁶⁶Donnelly *Universal human rights in theory and practice* (2003) s. 98 og Donnelly *International human rights* (2007) s. 37.

⁶⁷ Universal Declaration of Human Rights, UN GA/RES/217 A (III), 10. desember 1948.

⁶⁸ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/23, 12. juli 1993 del I avsnitt 1.

⁶⁹ Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights, A/CONF.157/ASRM/8 A/CONF.157/PC/59, også gjengitt i *Human Rights Law Journal* 14 (1993) s. 370-371.

⁷⁰ Donnelly *International human rights* (2007) s. 38. Se også tilsvarende standpunkt hos Brems *Human rights: universality and diversity* (2001) del tre.

⁷¹ Donnelly *Universal human rights in theory and practice* (2003) s. 90 og Donnelly *International human rights* (2007) s. 38.

innebærer at menneskerettighetene på grunn av variasjoner i verdier ikke er helt de samme til enhver tid og til ethvert sted, og kan både gi seg utslag i at stater tar forbehold for enkelte rettigheter når de slutter seg til konvensjoner, eller at rettighetene implementeres på en annen måte. Situasjonen er dermed at mens menneskerettighetene som utgangspunkt er universelle, er det samtidig et visst spillerom for kulturelle, regionale, nasjonale eller andre variasjoner i den nærmere fastleggelsen av rettighetene. Likevel vil det neppe være store avvik mellom innholdet av rettighetene i EMK og SP, da de to konvensjonenes førende prinsipper i hovedsak er de samme.⁷²

2.3.3 Effektivitetsprinsippet

Effektivitetsprinsippet er et viktig prinsipp som gjelder generelt i folkeretten. Prinsippet er folkerettslig sedvane, og kodifiseres i VCLT gjennom referansene til ”good faith” og ”object and purpose” i artikkel 31 (1). Under forberedelsen til Wienkonvensjonen beskrev ILC effektivitetsprinsippets innhold som at “[w]hen a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted”.⁷³ Dette innebærer at ordlyden må tolkes i lys av traktatens formål, og at effektivitetsprinsippet taler for å velge det tolkningsalternativ som best ivaretar traktatens formål.

Men prinsippet må innebære noe mer enn dette. *McNair* skriver at ”[t]he rule of effectiveness must mean something more than the duty of a tribunal to give *effect* to a treaty; that is the obvious and constant duty of a tribunal”.⁷⁴ Effektivitetsbetraktninger retter seg heller mot tilfeller der traktaten ”will fail in its object”,⁷⁵ men også her må

⁷² Tomuschat *Human rights: between idealism and realism* (2003) s. 68.

⁷³ Ruud og Ulfstein *Innføring i folkerett* (2006) s. 96 med videre henvisning til Yearbook of the International Law Commission 1966 volume II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1 s. 219.

⁷⁴ McNair *The law of treaties* (1961) s. 383.

⁷⁵ Loc. cit.

effektivitetsprinsippet vurderes opp mot andre hensyn. Rettsanvenderen skal gi effekt til partenes intensjoner slik de har kommet til uttrykk i ordlyden og i lys av omstendighetene – dermed vil mange traktater rettmessig nettopp ”fail in its object” på grunn av ordlyden.⁷⁶ Effektivitetsprinsippet innhold blir etter dette at ”the contracting parties obviously must have had some purpose in making a treaty, and that it is the duty of a tribunal to ascertain that purpose and do its best to give effect to it, unless there is something in the language used by the parties which precludes the tribunal from doing so”.⁷⁷

Hensynet til effektivitet har stor betydning for EMDs tolkning av EMK, og domstolen har videreutviklet prinsippet i sin praksis. For EMD ble prinsippet slått fast i *Airey-dommen*⁷⁸ fra 1979. Saken gjaldt blant annet tilgang til domstoler under EMK artikkel 6 (1). Klageren hadde ingen advokat til å representere seg, og hadde heller ikke fri rettshjelp. Selv om hun teoretisk sett kunne representere seg selv, fant domstolen at retten til tilgang til domstolene etter artikkel 6 var krenket. Domstolen la vekt på at konvensjonen ”is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”.⁷⁹ Prinsippet har blitt lagt til grunn i en rekke andre dommer,⁸⁰ og utgjør nå et generelt prinsipp som er anvendelig på alle rettighetene i konvensjonen.⁸¹

Kjernen av prinsippets betydning for EMD blir dermed at individenes rettigheter skal være praktiske og effektive, heller enn bare teoretiske eller illusoriske. *Merrills* beskriver prinsippet som ”a means of giving the provisions of a treaty the fullest weight and effect consistent with the language used and with the rest of the text”, og slår fast at

⁷⁶ McNair *The law of treaties* (1961) s. 383.

⁷⁷ Ibid. s. 385.

⁷⁸ Judgment of 9 October 1979, *Airey v. Ireland*.

⁷⁹ Ibid. avsnitt 24.

⁸⁰ For eksempel judgment of 23 July 1968, *Belgian linguistic case*.

⁸¹ Jacobs *The European Convention on Human Rights* (2006) s. 48.

”considerations of effectiveness play a major part in the Court’s jurisprudence”.⁸²

Prinsippet spiller en viktig rolle i domstolens utviklingsrettede, dynamiske tolkningsstil.

2.4 EMDs tilnærming

2.4.1 Statlig skjønnsmargin

Læren om statlig skjønnsmargin er et konsept som innebærer at medlemsstatene skal ha en viss diskresjon i sin implementering av konvensjonens bestemmelser, som ikke skal være gjenstand for domstolens overprøving.⁸³ I situasjoner der rettsreglene etter en tolkning ikke gir anvisning på ett bestemt resultat, men snarere flere muligheter, skal det dermed være opp til statene selv å velge den løsning som passer deres særegne forhold best.⁸⁴ Doktrinen har nær sammenheng med subsidiaritetsprinsippet – prinsippet om at EMD har et sekundært kontrollansvar.⁸⁵ En grunnleggende forutsetning for hele konvensjonssystemet er at det primære ansvaret for gjennomføringen av konvensjonens rettigheter ligger hos de nasjonale myndigheter, og at EMD først skal tre inn når de nasjonale myndigheter har sviktet i sin oppgave.⁸⁶ Begrunnelsen for subsidiaritetsprinsippet er at det er statene selv som har de beste forutsetninger til å forstå hva som er nødvendig i særlige tilfeller innenfor ens egen jurisdiksjon, og også læren om statlig skjønnsmargin bygger på en slik formodning.⁸⁷

⁸² Merrills *The development of international law by the European Court of Human Rights* (1993) s. 98.

⁸³ Ibid. s. 151.

⁸⁴ Sørensen *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen* i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2004 s. 134-196 på s. 137.

⁸⁵ Mirmotahari *EMK og mellomprivate konflikter: statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2007) s. 31-32 med videre henvisning til Judgment of 23 September 1994, *Hokkanen v. Finland*.

⁸⁶ Ibid. s. 32.

⁸⁷ Brownlie *Principles of public international law* (2008) s. 576.

Årsaken til at doktrinen har blitt utviklet kan være at ”in any system of international enforcement of human rights, some interpretational tool is needed to draw the line between what is properly a matter for each community to decide at local level and what is so fundamental that it entails the same requirement for all countries whatever the variations in traditions and culture. In the European system that function is served by the doctrine of the margin of appreciation”.⁸⁸ Derimot eksisterer det i juridisk litteratur noe uenighet omkring hva som utgjør doktrinens primære rettsgrunnlag. Det engelske begrepet ”margin of appreciation” er ikke nevnt verken i konvensjonens *travaux préparatoires* eller i selve konvensjonsteksten.⁸⁹ På den annen side gjør konvensjonsteksten hyppig bruk av vage begreper, slik at ordlyden indirekte gir grunnlag for å innrømme statene en skjønnsmargin. Samtidig er det i konvensjonsorganenes praksis, både praksis fra domstolen og den tidligere kommisjonen, doktrinen har blitt utviklet og fått sitt nærmere innhold beskrevet. Doktrinen kom til uttrykk allerede i kommisjonens rapport om *Kypros*-saken fra 1958 og i *Lawless mot Irland* fra 1961,⁹⁰ riktignok i form av noe forskjellige formuleringer. Det blir etter dette en smakssak om man som *Mahoney*⁹¹ vil anse konvensjonsteksten som det primære grunnlaget, eller som *Hutchison*⁹² vil mene at læren ”is entirely a product of the Strasbourg organs”. I alle tilfelle regnes læren om statlig skjønnsmargin for en etablert doktrine under EMK.

Doktrinens nærmere innhold har ikke klare grenser.⁹³ I de tilfellene hvor domstolen kommer til at det ikke foreligger noen krenkelse under henvisning til statens

⁸⁸ Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* i Human Rights Law Journal 19 (1998) s. 1-6 på s. 1.

⁸⁹ Yourow *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence* (1996) s. 14.

⁹⁰ Ibid. s. 15-17 med videre henvisninger.

⁹¹ Mahoney *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* i Human Rights Law Journal 19 (1998) s. 1-6 på s. 4.

⁹² Hutchison *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights* i The International and Comparative Law Quarterly vol. 48 (1999) s. 638-650 på s. 639.

⁹³ Greer *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects* (2006) s. 223.

skjønnsmargin, innebærer dette ett av to ting: Enten betyr det at domstolen mener det ikke er passende å erstatte de nasjonale myndigheters vurdering av et konkret tilfelle med domstolens egen vurdering, eller så betyr det at domstolen har vurdert statens vurderinger og funnet dem forsvarlige.⁹⁴ Et eget spørsmål er om statenes skjønnsmargin er anvendelig i forhold til alle bestemmelsene i konvensjonen. *Macdonald* hevder at "[i]n theory there is no limit to the articles of the Convention to which the margin of appreciation could be applied, for the Court has never imposed a limit".⁹⁵ Praksis har imidlertid vist at problemstillingen først og fremst er aktuell i forhold til bestemmelsene i artiklene 8 til 11, 14 og 15 samt artiklene 1, 2 og 3 i tilleggsprotokoll 1, og i noen grad også artiklene 5 og 6.⁹⁶ Derimot har domstolen aldri innrømmet statene noen skjønnsmargin hva gjelder artiklene 2, 3 og 4.⁹⁷

I tillegg vil skjønnsmarginens rekkevidde variere også der det er rimelig klart at det eksisterer en statlig diskresjon.⁹⁸ For det første vil skjønnsmarginen være videre jo større forskjellene i nasjonal lov og praksis i de forskjellige medlemslandene er. Skulle derimot en felles europeisk rettsoppfatning kunne påvises, vil skjønnsmarginens rekkevidde være mindre. For det andre vil rettighetens natur spille inn på skjønnsmarginens rekkevidde. Skjønnsmarginen vil for eksempel være større i forhold til vern om eiendom (artikkel 1 i tilleggsprotokoll 1) enn hva gjelder ytringsfrihet (artikkel 10). Rekkevidden vil også variere avhengig av naturen til aktiviteten som begrenses. Typisk vil for eksempel begrensninger i

⁹⁴ Macdonald et al. *The European system for the protection of human rights* (1993) s. 84-85.

⁹⁵ Dijk *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s. 85 med videre henvisning til Macdonald *The Margin of appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* i Anon (ed.) *International Law at the time of its Codification, Essays in honour of Judge Roberto Ago* (1987) s. 187-208 på s. 192.

⁹⁶ Greer *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects* (2006) s. 223-225 og Sørensen, *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen*, TtR 2004 nr.1-2 s. 134-196 på s. 143.

⁹⁷ Callewaert *Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?* i *Human Rights Law Journal* 19 (1998) s. 6-9.

⁹⁸ Dijk *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s. 87-91.

offentlig debatt omkring politiske spørsmål – slik tilfellet var i *TV Vest*-saken⁹⁹ – gis en mindre skjønnsmargin enn andre begrensninger i ytringsfriheten. For det tredje vil omstendighetene omkring tiltaket saken gjelder ha betydning, for eksempel ved at skjønnsmarginen vil være større i en krisesituasjon. Endelig vil spørsmålet om saken gjelder statens generelle politikk, som sosial, økonomisk, miljømessig planlegging etc., påvirke skjønnsmarginens rekkevidde. Innen disse områdene vil statene nyte en vid skjønnsmargin.

I forhold til avhandlingens problemstilling blir spørsmålet om graden av skjønnsmargin som er åpen for statene spiller inn på domstolens tilbøyelighet til å tilpasse seg uttalelser fra MRK og henvise til dem i sine begrunnelser. Stor skjønnsmargin vil innebære at domstolen er mindre tilbøyelig til å konstatere konvensjonsbrudd i tvilstilfeller. Dette kan bety at domstolen også vil være mindre tilbøyelig til å trekke inn uttalelser fra MRK i tilfeller der statene nyter stor skjønnsmargin. Motsatt vil det kunne være mer aktuelt å legge vekt på komiteens praksis dersom skjønnsmarginen er liten.

2.4.2 Avveiningen av de grunnleggende utgangspunktene i forhold til avhandlingens problemstilling

Som vi har sett i avsnitt 2.3.2 forutsetter FN-systemet at rettighetene nedfelt i Verdenserklæringen er universelle. Også i fortalen til EMK finner man støtte for synet om at rettighetene som er nedfelt i FNs Verdenserklæring er universelle. Fortalen innledes med ordene "[c]onsidering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948", og uttaler i siste avsnitt at medlemslandene er besluttet på å "take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration". FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter har altså dannet bakteppet for konvensjonen, og man har ment at EMK skal være en rettslig bindende utmyntning av prinsippene og idealene som er nedfelt i

⁹⁹ Judgment of 11 December 2008, *TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Norway*.

Verdenserklæringen.¹⁰⁰ Samtlige av Europarådets 47 medlemsland har ratifisert EMK,¹⁰¹ og følgelig bundet seg til konvensjonens bestemmelser og formål.

Drøftelsen ovenfor har vist at menneskerettighetene har et moment av universalitet i seg. Én side av dette er at momenter som ivaretar hensynet til at menneskerettighetene skal være de samme overalt vil være relevante tolkningsfaktorer som domstolen kan legge vekt på i sine avgjørelser. For best å ivareta hensynet til menneskerettighetenes universalitet burde EMD komme til de samme løsninger som MRK i saker som gjelder jevnførbar jus og faktum.

Prinsippet om menneskerettighetenes universalitet må imidlertid veies mot i hvilken grad systemet under Europarådet utgjør et lukket system. Tanken om self-contained regimes er behandlet i avsnitt 2.3.1 ovenfor. Utgangspunktet er som vist under avsnitt 2.2.1 at EMD er gitt rollen som EMKs kontrollorgan, og dermed autoritativ fortolker av konvensjonen. Isolert sett burde domstolen dermed stå fritt til å kunne foreta selvstendige fortolkninger av konvensjonen, selv om dette skulle gå på bekostning av menneskerettighetenes universalitet.

Samtidig så vi under avsnitt 2.3.3 at domstolens tolkninger må være i samsvar med effektivitetsprinsippet. Prinsippet får betydning for domstolens tolkning av de materielle bestemmelsene i konvensjonen, og innebærer at konvensjonen må tolkes slik at individenes rettigheter blir praktiske og effektive. I tillegg skal domstolen, som redegjort for under avsnitt 2.1, tilstrebe å tolke konvensjonens bestemmelser slik at de er i harmoni med andre regler i folkeretten. Endelig skal domstolen i sine avgjørelser være oppmerksom på at

¹⁰⁰ Lorenzen *Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2003) s. 72.

¹⁰¹ Dijk *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2006) s. 4 samt for Montenegros vedkommende <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=MOT&MA=999&SI=2&CM=3&CL=ENG>, besøkt 21. mai 2008.

statene innenfor en del rettigheter innrømmes en viss skjønnsmargin, slik vi så under avsnitt 2.4.1.

EMDs pådømmelse av saker må følgelig skje på bakgrunn av prinsippene og utgangspunktene som er behandlet i dette kapitlet. Domstolen skal avveie hensynet til å utgjøre et lukket system mot universalitetsprinsippet, på en måte som ivaretar prinsippet om at rettighetene skal være praktiske og effektive, og som er i harmoni med folkeretten ellers – uten å trå statenes skjønnsmargin for nær. Avveiningen av disse prinsippene og utgangspunktene i den enkelte sak vil være avgjørende for hvorvidt domstolen lar seg inspirere av komiteens løsning eller ikke.

3 Eksempler fra EMDs praksis

Spørsmålet om hvilken betydning komiteens uttalelser får er nært knyttet opp til spørsmålet om rettigheter i EMK gir den samme beskyttelsen som tilsvarende rettigheter i SP. *Opsahl* hevdet i 1986 at "[p]raksis og bare den kan vise om standardene er universelle, eller om beskyttelsen blir lagt på et annet nivå i Europarådet enn i FN".¹⁰² En analyse av domstolens praksis er dermed nødvendig for å finne ut hvilken betydning komiteens uttalelser får. I det følgende vil et utvalg dommer underlegges en nærmere analyse.

3.1 Om utvalget av dommene som analyseres

Søk i HUDOCs database¹⁰³ gir 54 treff i dommer som i større eller mindre grad henviser til dokumenter som stammer fra FNs Menneskerettighetskomité.¹⁰⁴ Av disse er det 22

¹⁰² Opsahl *Statsmakt og Menneskerett bind 2*, redigert av Høstmælingen, Jakhell og Smith (1995) s. 250.

¹⁰³ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, besøkt 7. januar 2009.

¹⁰⁴ I kronologisk rekkefølge: Judgment of 25 May 1993, *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, judgment of 25 January 1996, *John Murray v. UK*, judgment of 24 April 1997, *Pauger v. Austria*, judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey*, judgment of 28 July 1998, *Ergi v. Turkey*, judgment (friendly settlement) of 5 April 2000, *Denmark v. Turkey*, judgment of 9 May 2000, *Ertak v. Turkey*, judgment of 27 February 2001, *Çiçek v. Turkey*, judgment of 22 March 2001, *K.-H. W. v. Germany*, judgment of 22 March 2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, judgment of 4 May 2001, *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, judgment of 4 May 2001, *McKerr v. the United Kingdom*, judgment of 4 May 2001, *Shanaghan v. the United Kingdom*, judgment of 4 May 2001, *Kelly and Others v. the United Kingdom*, judgment of 26 February 2002, *Fretté v. France*, judgment of 9 January 2003, *L. and V. v. Austria*, judgment of 9 January 2003, *S.L. v. Austria*, judgment of 6 February 2003, *Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, judgment of 12 March 2003, *Öcalan v. Turkey*, judgment of 11 March 2004, *G.B. v. Bulgaria*, judgment of 11 March 2004, *Iorgov v. Bulgaria*, judgment of 30 March 2004, *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, judgment of 8 July 2004, *Vo v. France*, judgment of 19 October 2004, *Melnichenko v. Ukraine*, judgment of 10 November 2004, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey*, judgment of 16 November 2004, *Ünal*

dommer som bare viser til generelle kommentarer, statsrapporter og/eller andre dokumenter som ikke dreier seg om komiteens behandling av individklager. Disse faller utenfor avhandlingens siktemål, og vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.¹⁰⁵ Det står dermed igjen 32 dommer som er relevante for avhandlingens problemstilling. Blant disse 32 finner vi to saker som er behandlet først i kammer og senere i storkammer,¹⁰⁶ slik at det i realiteten dreier seg om 30 forskjellige saker.

Allerede her ser vi analysens første funn. EMD avsa i september 2008 dom nummer 10 000 siden domstolen trådte i kraft.¹⁰⁷ Tilfeller der domstolen henviser til MRKs uttalelser utgjør

Tekeli v. Turkey, judgment of 20 December 2004, *Makaratzis v. Greece*, judgment of 11 January 2005, *Py v. France*, judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, judgment of 24 March 2005, *Akkum and Others v. Turkey*, judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey*, judgment of 6 July 2005, *Nachova and Others v. Bulgaria*, judgment of 21 July 2005, *Rohde v. Denmark*, judgment of 26 July 2005, *Şimşek and Others v. Turkey*, judgment of 6 October 2005, *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, judgment of 8 November 2005, *Bader and Kanbor v. Sweden*, judgment of 8 November 2005, *Gongadze v. Ukraine*, judgment of 28 March 2006, *Sukhovetskyy v. Ukraine*, judgment of 4 May 2006, *Ergin v. Turkey (no. 6)*, judgment of 23 May 2006, *Riener v. Bulgaria*, judgment of 21 December 2006, *Bartik v. Russia*, judgment of 20 March 2007, *Tysiąc v. Poland*, judgment of 7 June 2007, *Botmeh and Alami v. the United Kingdom*, judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway*, judgment of 6 November 2007, *Lepojić v. Serbia*, judgment of 13 November 2007, *D.H. and Others v. the Czech Republic*, judgment of 4 December 2007, *Dickson v. the United Kingdom*, judgment of 10 December 2007, *Stoll v. Switzerland*, judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, judgment of 24 April 2008, *Ismoilov and Others v. Russia*, judgment of 22 May 2008, *Sadaykov v. Bulgaria*, judgment of 29 July 2008, *Gharibashvili v. Georgia* og judgment of 11 December 2008, *Muminov v. Russia*.

¹⁰⁵ Se avgrensning i avsnitt 1.1.

¹⁰⁶ I saken *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* kammerets avgjørelse av 6. februar 2003 (riktignok da under navnet "*Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*"), men det dreier seg om de samme individene og samme sak som i storkammerets avgjørelse) og storkammerets avgjørelse av 4. februar 2005, samt i saken *Öcalan mot Tyrkia* kammerets avgjørelse av 12. mars 2003 og storkammerets avgjørelse av 12. mai 2005.

¹⁰⁷ Se pressemelding av 18. september 2008 på <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Takhayeva%20%7C%20Others%20%7C%20v.%20%7C%20Russia&sessionid=17184261&skin=hudoc-pr-en>, besøkt 1. oktober 2008.

dermed en forsvinnende liten avdel av det totale antallet dommer som avsies. Da denne avhandlingen ikke begrenser seg til å behandle utvalgte rettigheter, men søker å redegjøre for hvordan EMD forholder seg til uttalelser fra MRK generelt, skulle ideelt sett alle disse 30 sakene ha vært behandlet grundig. Av hensyn til begrensningen i slike avhandlingers omfang, er dette dessverre ikke mulig – følgelig må det gjøres et utvalg av dommer som skal analyseres inngående.

Analysen av EMDs praksis er fokusert omkring de dommene som etter mitt skjønn er de som i størst grad bidrar til å belyse avhandlingens problemstilling. De dommene som skal analyseres i det følgende er altså de som i størst utstrekning sier noe om i hvilken grad uttalelser fra MRK får innflytelse på den materielle drøftelse i EMD. I utvelgningen blant de aktuelle dommene, har det viktigste kriteriet vært i hvilken grad domstolen henviser til disse dommene i senere avgjørelser. Jo større rekkevidde dommene har som prejudikater, jo større betydning vil komiteens eventuelle innflytelse på tolkningen av konvensjonens bestemmelser ha. Det er derfor større grunn til å inkludere i analysen dommer som ofte virker som prejudikat i senere avgjørelser enn dommer som sjelden eller aldri henvises til. I tillegg er det gjerne i disse dommene domstolen foretar de mest prinsipielle diskusjonene omkring hvordan den skal forholde seg til MRKs praksis.

Antallet henvisninger til en dom isolert sett gir imidlertid ikke nødvendigvis et tydelig bilde av hvor prinsipielt viktig den er. Antallet dommer som henviser til et prejudikat vil naturlig nok øke med prejudikatets alder, slik at det pr. i dag ikke fins like mange henvisninger til de nye dommene som til de eldre, men selv *Saadi mot Storbritannia* fra januar 2008 blir vist til i seks dommer.¹⁰⁸ En dom som *Kurt mot Tyrkia* fra mai 1998 blir vist til i mer enn 100 dommer. I tillegg vil antall henvisninger til en dom avhenge av hvilken rettighet domstolen har vurdert om er krenket. For eksempel blir *Issa og andre mot Tyrkia* henvist til

¹⁰⁸ Pr. 9. januar 2009, navnlig judgment of 18 March 2008, *Ladent v. Poland*, judgment of 22 May 2008, *Sadaykov v. Bulgaria*, judgment of 10 June 2008, *Galliani v. Romania*, judgment of 23 September 2008, *Vrencev v. Serbia*, judgment of 2 October 2008, *Rusu v. Austria*, og judgment of 12 November 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*.

i bare fire dommer.¹⁰⁹ Saken dreide seg om rekkevidden av EMK artikkel 1 – en bestemmelse domstolen sjeldent må drøfte eksplisitt. Öcalan mot Tyrkia dreide seg derimot om en av konvensjonens kjernebestemmelser – artikkel 3 – og blir følgelig vist til i mer enn 100 senere dommer. Av disse grunner analyseres i kapittel 3 også enkelte dommer som ikke blir henvist til i spesielt mange andre dommer, men som er viktige på sine områder.

Ut over dette søkes det å drøfte betydningen av uttalelser fra MRK innenfor et bredt spekter av rettigheter. Det har ikke blitt foretatt noen bevisst prioritering av nyere dommer, men det viste seg at henvisninger til MRKs praksis sjeldent forekom i eldre dommer. Dette må nok sees i sammenheng med at antallet avgjørelser i begge organer har økt sterkt de seneste årene. En naturlig konsekvens av at antallet avgjørelser øker, er at situasjoner der det vil være aktuelt å foreta henvisninger til hverandres praksis vil oppstå hyppigere. Tilsvarende har heller ikke avgjørelser fra storkammeret bevisst blitt prioritert, selv om fire av de ni utvalgte dommene er avsagt i storkammer. En forklaring på dette kan være at saker der praksis fra andre internasjonale organer trekkes inn gjerne er kompliserte, og at det mer nærliggende at kompliserte saker havner i storkammer enn saker som er mindre komplisert. Særlig vil dette være tilfelle der det måtte være aktuelt å endre rettstilstanden.

I to av dommene behandler domstolen samme fakta som har vært behandlet av komiteen.¹¹⁰ Her kommer avhandlingens problemstilling på spissen: Ikke bare foreligger det en uttalelse fra MRK som gjelder sakens problemstilling, men uttalelsen er også basert på samme fakta som den saken domstolen skal avgjøre. I disse sakene vil det bare kort forklares hvorfor de ble tatt under behandling begge steder, siden avgjørelser av om en sak skal tillates fremmet

¹⁰⁹ Pr. 9. januar 2009, navnlig judgment of 6 October 2005, *Nesibe Haran v. Turkey*, judgment of 1 December 2005, *Yuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands*, judgment of 24 October 2006, *Kaya and Others v. Turkey* og judgment of 24 June 2008, *Solomou and Others v. Turkey*.

¹¹⁰ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* og judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway*.

faller utenfor rammen for analysen.¹¹¹ Noen bredere drøfting av reglene om litispens og negativ rettskraft vil dermed ikke bli foretatt.¹¹²

Etter dette blir de dommene som skal analyseres *Kurt mot Tyrkia*, *Fretté mot Frankrike*, *Issa og andre mot Tyrkia*, *Py mot Frankrike*, *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, *Öcalan mot Tyrkia*, *Riener mot Bulgaria*, *Folgerø og andre mot Norge* og *Saadi mot Storbritannia*. Øvrige dommer som viser til komiteens praksis vil bare trekkes inn i begrenset grad der det er naturlig for helheten i drøftelsen. De ni utvalgte dommene analyseres i avsnittene 3.2 til 3.10 nedenfor. Dommene behandles i kronologisk rekkefølge ut fra avsigelsesdato, da dette systemet er best egnet til å få frem utviklingen av betydningen komiteens praksis får. Funnene i analysen behandles nærmere i kapittel 4.

3.2 Kurt mot Tyrkia:¹¹³ Artiklene 2 og 3 – Retten til liv og forbud mot tortur

3.2.1 Kort om sakens faktum og utfall

Kurt mot Tyrkia dreier seg om en forsvinningssak. I etterkant av sammenstøt mellom soldater og innbyggerne i landsbyen Ağıllı sørøst i Tyrkia 23. til 25. november 1993, forsvant klagerens sønn sporløst. Klageren forsøkte å få en redegjørelse fra myndighetene for hvor sønnen hennes befant seg, men ble bare møtt med påstander om at sønnen enten hadde blitt kidnappet av den kurdiske organisasjonen PKK, eller frivillig sluttet seg til den. Klageren mente at Tyrkia i forhold til sønnens forsvinning hadde brutt blant annet EMK artiklene 2 og 3, og at også behandlingen av henne utgjorde brudd på blant annet artikkel 3. Domstolen kom til at forsvinningen i forhold til klagerens sønn bare skulle vurderes opp

¹¹¹ Se avgrensning i avsnitt 1.1.

¹¹² Se om dette Dijk *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (2006) s. 173-183 og Bårdsen *Krenkelser og klager: vilkårene for realitetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen* (1999) kapittel 15.

¹¹³ Judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey*.

mot artikkel 5, og ikke artiklene 2 og 3. I forhold til klageren fant retten imidlertid at artikkel 3 var krenket.¹¹⁴

3.2.2 Problemstilling

I *Kurt*-dommen ble uttalelser fra komiteen henvist til i to forskjellige sammenhenger: Én i forbindelse med de påståtte krenkelsene mot klagerens sønn, og én i forbindelse med de påståtte krenkelsene mot klageren selv. I forhold til klagerens sønn ble komiteens praksis drøftet i forbindelse med spørsmålet om forsvinningssaker også må vurderes i forhold til artiklene 2 og 3, eller om det holder å vurdere hvorvidt artikkel 5 er krenket. I forhold til klageren selv hadde komiteens uttalelser betydning for spørsmålet om forsvinningssaker også krenker de nærmeste pårørendes rettigheter etter artikkel 3.

3.2.3 Henvisningene til uttalelser fra MRK

Under gjennomgangen av sakens faktiske side ble tre uttalelser fra MRK nevnt,¹¹⁵ navnlig *Quinteros mot Uruguay*,¹¹⁶ *Mojica mot Den Dominikanske Republikk*¹¹⁷ og *Bautista mot Colombia*.¹¹⁸ Det materiale domstolen refererer under sakens faktiske side er de rettskildefaktorer avgjørelsen skal fattes på bakgrunn av. Når domstolen her refererer praksis fra MRK under tittelen ”relevant international material”, må dette bety at den anser komiteens praksis som en relevant rettskildefaktor. Alle de relevante rettskildefaktorer vil kunne tenkes å øve innflytelse på drøftelse, og spørsmålet i det videre blir hvilken betydning komiteens uttalelser i så måte hadde i denne dommen.

¹¹⁴ Judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey* avsnittene 8-54, 109 og 134.

¹¹⁵ Ibid. avsnitt 65.

¹¹⁶ *Quinteros v. Uruguay* (Communication No. 107/1981), Views adopted 21 July 1983.

¹¹⁷ *Mojica v. The Dominican Republic* (Communication No. 449/1991), Views adopted 10 August 1994.

¹¹⁸ *Bautista v. Colombia* (Communication No. 563/1993), Views adopted 13 November 1995.

3.2.3.1 Forholdet til klagerens sønn

Når det gjaldt mulige krenkelser mot den forsvunne, konkluderte komiteen i *Mojica mot Den Dominikanske Republikk* med at i tillegg til SP artikkel 9 (1), som tilsvarer EMK artikkel 5 (1), var også SP artiklene 6 (1) og 7 brutt.¹¹⁹ Disse artiklene gjenspeiles i EMK i artiklene 2 (1) og 3. Klageren anførte dermed komiteens praksis som støtte for at forsvinningssaker ikke bare måtte drøftes i forhold til EMK artikkel 5, men også artiklene 2 og 3.¹²⁰ Uten å drøfte de anførte uttalelsene fra MRK nærmere la EMD til grunn at forholdet til klagerens sønn ikke skulle vurderes opp mot artiklene 2 og 3, men bare mot artikkel 5.¹²¹ Domstolen fulgte dermed ikke den løsningen som var lagt til grunn i komiteens praksis, men falt tvert imot ned på motsatt løsning.

Komiteens uttalelser hadde følgelig ikke avgjørende betydning for utfallet av domstolens drøftelse. Domstolen fremhevet at det ikke forelå noen bevis som støttet synet om at klagerens sønn hadde blitt drept eller utsatt for mishandling, men at denne delen av klagen var fullt ut basert på antakelser.¹²² Det var dermed konkrete omstendigheter i sakens faktum – nærmere bestemt fraværet av bevis for de påståtte forhold – som ble avgjørende for hvilke rettigheter domstolen ville drøfte om var krenket.

For artikkel 2 sitt vedkommende virker det som domstolen med dette mener at forskjellene i faktum mellom sakene de to organene skulle avgjøre var så store at komiteens uttalelse hadde begrenset overføringsverdi til domstolens drøftelse. Mens den tyrkiske stat i *Kurt mot Tyrkia* sterkt bestred klagerens versjon av faktum,¹²³ forholdt Den Dominikanske Republikk seg taus til komiteens oppfordring om å klargjøre faktum i *Mojica*-saken. På

¹¹⁹ *Mojica v. The Dominican Republic* (Communication No. 449/1991), Views adopted 10 August 1994 avsnitt 6.

¹²⁰ Judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey* avsnitt 84.

¹²¹ Ibid. henholdsvis avsnitt 109 for artikkel 2 sitt vedkommende og avsnitt 117 for artikkel 3 sitt vedkommende.

¹²² Ibid. avsnittene 108 og 116.

¹²³ Ibid. avsnittene 91-93.

grunn av statens taushet, la MRK til grunn at ”due weight must be given to the author's allegations”.¹²⁴ Dermed hadde komiteen sterkere grunnlag for å konstatere brudd basert på klagerens versjon av faktum enn det EMD hadde. Domstolen kan ikke sies å ha avvist å legge vekt på komiteens uttalelse for det tilfelle at det hadde vært mindre usikkerhet knyttet til bevissituasjonen, men forskjellene i de fakta de to organene hadde å forholde seg til medførte at domstolen i dette tilfellet falt ned på en annen løsning enn komiteen. Det var dermed først og fremst forskjellene i graden av usikkerhet knyttet til faktum som gjorde at domstolen ikke la vekt på komiteens uttalelse, og ikke nødvendigvis forskjellige oppfatninger av jussen.

For artikkel 3 sitt vedkommende er det ikke like opplagt at mangel på bevis kan begrunne at domstolen ikke skal drøfte om bestemmelsen er krenket. Komiteen var på dette punkt svært kategorisk i sin uttalelse, da den la til grunn at ”the disappearance of persons is inseparably linked to treatment that amounts to a violation of” torturbestemmelsen.¹²⁵ Slutningen fra denne uttalelsen må derfor være at forsvinningssaker der statens myndigheter er involvert automatisk innebærer at forbudet mot tortur er krenket – uavhengig av om det foreligger bevis for at den forsvunne har blitt utsatt for konkrete handlinger som krenker bestemmelsen. Komiteen legger opp til at forsvinning under slike omstendigheter i seg selv utgjør en krenkelse av forbudet mot tortur, og uttalelsen taler således for at EMD må drøfte om også artikkel 3 er krenket. Til tross for denne klare slutningen fra komiteens uttalelse, kom EMD til at manglende bevis gjorde det unødvendig å drøfte mulig krenkelse av artikkel 3 her. Dette tyder på at EMD i tillegg til å ha uklare fakta å forholde seg til hadde en annen oppfatning av jussen på dette punkt. I alle tilfelle tilla domstolen MRKs praksis liten eller ingen vekt, da den falt ned på en annen løsning enn komiteen hadde gjort.

¹²⁴ *Mojica v. The Dominican Republic* (Communication No. 449/1991), Views adopted 10 August 1994 avsnitt 5.2.

¹²⁵ *Ibid.* avsnitt 5.7.

3.2.3.2 Forholdet til klageren selv

Når det gjaldt de påståtte krenkelsene mot klageren selv, fremhevet klageren *Quinteros mot Uruguay* som støtte for at den forsvunnes nærmeste pårørende får sine rettigheter etter konvensjonens artikkel 3 krenket som følge av forsvinningen.¹²⁶ Domstolen var enig i at artikkel 3 var krenket i forhold til klageren selv, men viste ikke til MRKs praksis som støtte for denne løsningen. EMDs drøftelse baserte seg på prinsippene domstolen hadde slått fast i *Cruz Varas og andre mot Sverige*.¹²⁷ ¹²⁸ Domstolens egen praksis ble dermed den utslagsgivende rettskildefaktor.

Når domstolen først anser komiteens uttalelse som en relevant tolkningsfaktor, kunne den ha blitt anført i det minste som et støtteargument for den løsningen man falt ned på. Domstolen fant imidlertid tilstrekkelig begrunnelse for konklusjonen ved en ren fortolkning av artikkelens ordlyd og sakens faktum, slik at en henvisning til MRKs uttalelse ble overflødig. Hadde det vært større tvil om løsningen, for eksempel ved at det forelå andre rettskildefaktorer som talte mot at artikkel 3 her var krenket, kunne det ha vært nærliggende også å vise til komiteens uttalelse som støtteargument. Saken kan dermed være et eksempel på at domstolen bare ser seg nødt til å trekke inn eksterne faktorer i ”hard cases”, og at denne saken i tilfelle ikke var tvilsom nok til at dette var nødvendig. All den tid domstolen unnlot å henvise til komiteens praksis, må det legges til grunn at den også under spørsmålet om mulige krenkelser mot den forsvunnes nærmeste pårørende ble tillagt liten eller ingen vekt.

3.2.4 Konklusjon

MRKs uttalelser spilte en beskjeden rolle for spørsmålet om saken i forhold til den forsvunne også måtte vurderes i forhold til artiklene 2 og 3, selv om de ble ansett som relevante rettskildefaktorer. Når domstolen først nevner uttalelsene fra MRK, må de ha hatt

¹²⁶ Judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey* avsnitt 130.

¹²⁷ Judgment of 20 March 1991, *Cruz Varas and Others v. Sweden*.

¹²⁸ Judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey* avsnittene 133-134.

en eller annen form for innvirkning på EMDs drøftelse. Domstolen kom imidlertid til motsatt løsning av komiteen uten å drøfte de relevante uttalelsene nærmere, og det fremgår ikke av dommen at uttalelsene hadde innvirkning på den materielle drøftelse. Komiteens uttalelser fikk dermed liten eller ingen betydning for domstolens drøftelse.

Når det gjaldt spørsmålet om forsvinningen også krenket de nærmeste pårørendes rettigheter etter artikkel 3, kunne komiteens praksis ha tjent som støtteargument. På samme måte som komiteen kom EMD til at de nærmeste pårørende fikk sine rettigheter etter torturbestemmelsen krenket i og med forsvinningen. Det var likevel ikke nødvendig å vise til uttalelsene som støtteargument, da løsningen var klar nok ut fra sakens faktum holdt opp mot bestemmelsens ordlyd. Dette tyder på at komiteens praksis også her fikk liten eller ingen betydning for EMDs drøftelse.

3.3 Fretté mot Frankrike:¹²⁹ Artikkel 14+8 – Diskriminering basert på seksuell orientering

3.3.1 Kort om sakens faktum og utfall

Fretté var en enslig homofil mann som ønsket å adoptere et barn. Han søkte i oktober 1991 franske myndigheter om å bli autorisert til å kunne adoptere, men fikk søknaden avslått utelukkende fordi han åpent hadde informert myndighetene om sin seksuelle orientering. Da enslige ikke var utelukket fra å bli autorisert som potensielle adoptivforeldre etter fransk lovgivning og Frettés avslag var begrunnet i hans homofile legning, mente han dette utgjorde diskriminering basert på seksuell orientering i strid med artikkel 14 jf. artikkel 8.¹³⁰

Flertallet la til grunn at artikkel 14 kom til anvendelse, da klagerens rettigheter etter fransk lovgivning som faller inn under området for artikkel 8 var krenket på bakgrunn av hans

¹²⁹ Judgment of 26 February 2002, *Fretté v. France*.

¹³⁰ Ibid. avsnitt 9-16.

seksuelle orientering.¹³¹ Konklusjonen ble likevel at det her ikke forelå krenkelse, tatt i betraktning statenes vide skjønnsmargin på området og hensynet til barnets beste.¹³²

3.3.2 Problemstilling

Komiteens praksis ble trukket inn i forbindelse med spørsmålet om artikkel 14 kom til anvendelse. Den påståtte diskrimineringen i saken var basert på seksuell orientering – som ikke er et av de diskrimineringsgrunnlag som eksplisitt er nevnt i artikkel 14.

Problemstillingen komiteens praksis var relevant for, var spørsmålet om diskriminering basert på seksuell orientering kunne forankres i kategorien ”kjønn”, eller om det i stedet måtte forankres i kategorien ”annen status”.

3.3.3 Henvisningen til praksis fra MRK

I tillegg til et delvis dissenterende mindretall på tre dommere, delte flertallet seg i to fraksjoner med hensyn til begrunnelsen. Det var imidlertid ikke dissens omkring hvorvidt artikkel 14 omfatter diskriminering basert på seksuell orientering. Flertallet fremhevet at passusen ”any such ground as” innebærer at listen over diskrimineringsgrunnlag ikke er uttømmende,¹³³ og viste for dette til domstolens egen tidligere praksis i *Engel og andre mot Nederland*.¹³⁴ Flertallet forankret følgelig beskyttelse mot diskrimineringen Fretté var utsatt for i kategorien ”annen status”, og unnlot å drøfte den aktuelle uttalelsen fra komiteen. Dette kan bety at flertallet mente løsningen ut fra egen tidligere praksis var klar nok, eventuelt at statenes skjønnsmargin her er så stor at det ikke var grunnlag for å trekke inn komiteens praksis i drøftelsen.

¹³¹ Judgment of 26 February 2002, *Fretté v. France* avsnitt 32-33.

¹³² Ibid. avsnitt 42.

¹³³ Ibid. avsnitt 32.

¹³⁴ Judgment of 8 June 1976, *Engel and Others v. the Netherlands*.

Det dissenterende mindretallet viste på sin side til MRKs uttalelse i saken *Toonen mot Australia*¹³⁵ som begrunnelse for at seksuell orientering kunne falle under kategorien ”kjønn” – som eksplisitt er nevnt i oppramsingen i artikkel 14 – heller enn sekkekategori ”annen status”. Mindretallet gav uttrykk for at det anså seksuell orientering for å falle under begge disse kategoriene, og tok ikke stilling til hvem av dem løsningen måtte forankres i, da artikkel 14 i begge tilfelle kommer til anvendelse. Komiteens uttalelse var dermed ikke et nødvendig ledd i mindretallets begrunnelse, og kan da neppe sies å ha blitt tillagt nevneverdig vekt i dette tilfellet.

Mindretallets votum er likevel interessant fordi komiteens praksis var den eneste rettskildefaktoren mindretallet henviste til som talte for å forankre anvendelsen av artikkel 14 i en vid fortolkning av ”kjønn”. Andre rettskildefaktorer som ble trukket frem talte generelt for at diskriminering på bakgrunn av seksuell orientering skulle være beskyttet, men dette kunne like gjerne ivaretas ved forankring i ”annen status”. Mindretallet åpner dermed for å tillegge komiteens praksis avgjørende vekt dersom man hadde kommet til at ”annen status” ikke kunne omfatte seksuell orientering. Selv om komiteens uttalelse ikke var et nødvendig ledd i begrunnelsen for utfallet, og dermed heller ikke ble tillagt noen særlig vekt i dette tilfellet, viser mindretallet vilje til å tillegge den betydelig vekt dersom rettskildebildet hadde vært et annet.

En forklaring på hvorfor mindretallet var forberedt på å tillegge komiteens praksis så stor vekt i dette tilfellet kan være de kulturelle forskjellene mellom Europarådets medlemsland og SPs medlemmer. Europarådets medlemmer er relativt homogene kulturelt, og EMD har ved flere anledninger vist seg å være relativt liberal når det gjelder spørsmål knyttet til seksualitet¹³⁶ – særlig sammenlignet med en del av MRKs medlemsland. Det globale organet MRK representerer en medlemsmasse som er mer uensartet kulturelt, og forholder seg følgelig gjerne konservativt til slike spørsmål. Når da det konservative MRK anerkjente seksuell orientering som et diskrimineringsgrunnlag som kunne forankres i ”kjønn”, kan

¹³⁵ *Toonen v. Australia* (Communication No. 488/1992), Views adopted 4 April 1994.

¹³⁶ Se for eksempel judgment of 11 July 2002, *Christine Goodwin v. The United Kingdom*.

dette ha gitt EMD en særlig oppfordring til å anlegge en tolkning som ikke gav individene en dårligere beskyttelse enn den som fulgte av komiteens praksis.

3.3.4 Konklusjon

MRKs praksis fikk ikke avgjørende innvirkning på domstolens fortolkning av hvilken beskyttelse konvensjonen gir mot diskriminering basert på seksuell orientering, da det fulgte allerede av konvensjonsorganenes egen praksis at seksuell orientering er en av de kategorier diskrimineringsgrunnlag som faller inn under artikkel 14. Mindretallet påpekte likevel at dersom dette ikke kunne forankres i ”annen status”, kunne man i tråd med komiteens praksis forankre det i ”kjønn”. Mindretallet ville dermed langt på vei ha basert sin konklusjon på komiteens uttalelse, hadde det ikke foreligget praksis fra domstolen som førte til samme resultat. MRKs praksis ble på denne måten ansett som en relevant rettskildefaktor av mindretallet, som det også kunne være aktuelt å legge vekt på i begrunnelsen.

3.4 Issa og andre mot Tyrkia:¹³⁷ Artikkel 1 – Domstolens jurisdiksjon

3.4.1 Kort om sakens faktum og utfall

Saken gjaldt seks irakiske kvinners klage over tyrkiske myndigheters rolle i forbindelse med at fem av kvinnenenes ektemenn og to av kvinnenenes sønner ble funnet drept. Mennene hadde blitt tatt til fange av soldater da de 2. april 1995 var på vei til høydene i utkanten av landsbyen Azadi nær den tyrkiske grensen for å gjete sauer. 5. og 7. april 2005 ble likene av de syv mennene funnet.¹³⁸ Tyrkia utførte en militæraksjon på irakisk territorium i det aktuelle tidsrommet. Klagerne mente at dødsfallene kunne tilskrives tyrkiske myndigheter, og at Tyrkia dermed hadde krenket konvensjonens bestemmelser. Domstolen kom imidlertid til at klagernes avdøde slektninger ikke var innenfor Tyrkias jurisdiksjon, slik

¹³⁷ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey*.

¹³⁸ Ibid. avsnittene 10-25.

begrepet skal forstås i EMK artikkel 1, og at det derfor ikke var nødvendig å eksaminere klagen.¹³⁹

3.4.2 Problemstilling

I *Issa og andre mot Tyrkia* trakk EMD inn komiteens praksis under drøftelsen av konvensjonens *ratione loci*. Domstolen måtte ta stilling til hvorvidt konvensjonen kunne gis eksteritoriell anvendelse på dette tilfellet. Spørsmålet ble i hvilken utstrekning personer som befinner seg utenfor en stats territorium faller inn under dens jurisdiksjon når staten utfører militære operasjoner i det aktuelle området.

3.4.3 Henvisningen til MRKs praksis

Domstolen henviste blant annet til MRKs uttalelser i sakene *Lopez Burgos mot Uruguay*¹⁴⁰ og *Celiberti de Casariego mot Uruguay*¹⁴¹ som støtte for at ”a State may ... be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State's authority and control through its agents operating ... in the latter State”.¹⁴² Dette viser igjen at komiteens praksis anses som en relevant rettskildefaktor. Relevansen av komiteens uttalelser var langt på vei allerede slått fast gjennom *Kurt mot Tyrkia* og *Fretté mot Frankrike*, men domstolen gikk et skritt videre i denne dommen ved å gi en presis henvisning til hvilke avsnitt i de respektive uttalelser man bygde på. På denne måten gjør domstolen det tydelig hvilke deler av komiteens uttalelser som hadde betydning for domstolens drøftelse.

Spørsmålet blir så hvilken betydning MRKs praksis fikk for EMDs drøftelse. SP artikkel 2 foreskriver konvensjonens anvendelsesområde, og tilsvarer således EMK artikkel 1.

¹³⁹ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 82.

¹⁴⁰ *Lopez Burgos v. Uruguay* (Communication No. 52/1979), Views adopted 29 July 1981.

¹⁴¹ *Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Communication No. 56/1979), Views adopted 29 July 1981.

¹⁴² Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 71.

Komiteen hadde i sine uttalelser slått fast at bestemmelsen pålegger statene å respektere og sikre rettighetene til individer ”within its territory and subject to its jurisdiction”, men samtidig at bestemmelsen ”does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State”.¹⁴³ Komiteen la følgelig til grunn at klagerne var innenfor jurisdiksjonen til staten som hadde foretatt en form for myndighetsutøvelse utenfor sitt territorium, og gav med det SP eksteritoriell anvendelse. *Issa og andre mot Tyrkia* fikk likevel motsatt utfall enn hva komiteens uttalelser skulle tilsi. For å finne ut hvilken betydning komiteens uttalelser hadde for EMDs drøftelse, må man se på årsaken til at domstolen kom til en annen konklusjon enn komiteen.

EMD la på samme måte som komiteen til grunn at det er tilstrekkelig for å falle under en stats jurisdiksjon at man enten er under statens autoritet eller effektive kontroll. Siden Tyrkia ikke utøvde effektiv kontroll over hele regionen, ble det avgjørende spørsmålet hvorvidt det var tyrkiske tropper som hadde utført operasjoner i det konkrete området der klagernes slektninger ble drept – og på den måten hatt klagernes slektninger under sin autoritet. Dette måtte vurderes på bakgrunn av beviskravet ”beyond reasonable doubt”.¹⁴⁴

Domstolen fant det ikke bevist over rimelig tvil at det var tyrkiske tropper som hadde operert i det aktuelle området, da det også hadde vært konfrontasjoner mellom PKK og kurdiske peshmergaer der.¹⁴⁵ Det var dermed usikkerheten omkring sakens faktum – som domstolen presiserte at partene ikke var enige om¹⁴⁶ – som førte til at klagernes slektninger ikke lå under autoriteten til Tyrkias representanter, og ikke at EMD gav rettsregelen et annet innhold enn det MRK hadde gjort. Domstolen falt tvert imot ned på samme tolkning

¹⁴³ Jf. de likelydende avsnittene 12.3 og 10.3 i henholdsvis *Lopez Burgos v. Uruguay* (Communication No. 52/1979), Views adopted 29 July 1981 og *Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Communication No. 56/1979), Views adopted 29 July 1981.

¹⁴⁴ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 76.

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 79.

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 11.

som komiteen, nemlig at individer som ligger under autoriteten til en stats representanter under en eksteritorial handling faller under statens jurisdiksjon.¹⁴⁷ Dette betyr at EMD kom fram til samme rettsregel som MRK hadde gjort.

EMD hadde i egen praksis fra tidligere saker lagt til grunn at statene er ansvarlige for handlinger de foretar seg utenfor eget territorium hvis staten utøver effektiv kontroll i området.¹⁴⁸ Da Tyrkia ikke utøvde effektiv kontroll i dette tilfellet, ville ikke denne læren medføre at klagernes slektninger i dette tilfellet lå under Tyrkias jurisdiksjon. Domstolen formulerte imidlertid det avgjørende kriterium som ”whether the applicants' relatives were under the authority and/or effective control, and therefore within the jurisdiction, of the respondent State”.¹⁴⁹ Kriteriet om autoritet og/eller effektiv kontroll favner videre enn læren domstolen hadde utviklet i sin tidligere praksis. Rettskildefaktorene som talte for et slikt utvidet kriterium må derfor ha hatt innvirkning på domstolens drøftelse. Komiteens uttalelser var blant disse rettskildefaktorene,¹⁵⁰ og var følgelig blant de faktorene som fikk betydning som del av domstolens begrunnelse. EMD understreket at ”[a]ccountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory”¹⁵¹ – en formulering som var lånt fra komiteens uttalelser.¹⁵² Denne bruken av direkte sitater fra komiteens uttalelser styrker inntrykket av at uttalelsene har hatt innflytelse på domstolens drøftelse.

¹⁴⁷ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 71, se også admissibility decision of 16 March 2006, *Hussein v. Albania, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom*.

¹⁴⁸ Se judgment of 18 December 1996, *Loizidou v. Turkey* og judgment of 10 May 2001, *Cyprus v. Turkey*.

¹⁴⁹ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 72.

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 71.

¹⁵¹ Loc. cit.

¹⁵² *Lopez Burgos v. Uruguay* (Communication No. 52/1979), Views adopted 29 July 1981 og *Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Communication No. 56/1979), Views adopted 29 July 1981, henholdsvis avsnitt 12.3 og 10.3.

Et annet spørsmål er hvilken vekt komiteens uttalelser ble tillagt. EMD henviste også til andre rettskildefaktorer som trakk i samme retning som komiteens uttalelser. Både avvisningsavgjørelser fra den tidligere kommisjonen og en avgjørelse fra Den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen ble vist til som støtte for samme fortolkning som komiteens uttalelser talte for.¹⁵³ Uttalelsene fra MRK var dermed bare en av flere rettskildefaktorer som til sammen ble utslagsgivende for domstolens fortolkning. Vekten uttalelsene ble tillagt kan dermed ikke sies å være like stor som om de hadde vært den eneste faktoren som begrunnet domstolens løsning, men de er like fullt en del av det materiale som fikk innvirkning på domstolens drøftelse.

Dommen må også sees i lys av de noe spesielle bakenforliggende omstendigheter. EMD hadde i *Banković og andre mot Belgia og andre*¹⁵⁴ lagt til grunn en doktrine om *espace juridique*, som gikk ut på at konvensjonen kunne gis eksteritoriell anvendelse, men bare innenfor en annen konvensjonsstats territorium.¹⁵⁵ Handlinger som statene foretok seg utenfor medlemslandenes territorier ville følgelig ikke rammes av konvensjonens bestemmelser. Denne doktrinen ble sterkt kritisert,¹⁵⁶ og ønsket om å gå vekk fra denne rettstilstanden kan ha oppmuntret domstolen til å legge vekt på rettskildefaktorer som MRKs praksis. EMD nevnte i *Banković*-avgjørelsen visse tenkelige unntak fra utgangspunktet om at jurisdiksjonen følger territoriet,¹⁵⁷ men ingen av disse var aktuelle for

¹⁵³ Judgment of 16 November 2004, *Issa and Others v. Turkey* avsnitt 71.

¹⁵⁴ Admissibility decision of 12 December 2001, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom*.

¹⁵⁵ Ibid. avsnitt 80.

¹⁵⁶ Se for eksempel Lawson *Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights* i Coomans *Extraterritorial application of human rights treaties* (2004) s. 83-124.

¹⁵⁷ Admissibility decision of 12 December 2001, *Vlastimir and Borka Banković, Živana Stojanović, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimović and Dragan Suković v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France,*

Issa-saken. Domstolen sa imidlertid ikke at denne oppregningen skulle være uttømmende, slik at det var åpent for å innfortolke nye unntak i senere saker.¹⁵⁸ Ved å peke på forskjellene i saksforholdene, kunne EMD i *Issa*-dommen legge mer vekt på rettskildefaktorene som talte for den løsningen MRK hadde lagt til grunn – og kom dermed til det som oppfattes som en mer rimelig løsning uten eksplisitt å ta avstand fra *Banković*-avgjørelsen. På denne måten kan ønsket om å endre rettstilstanden *Banković*-avgjørelsen la opp til ha virket som innfallsport til å legge vekt på blant annet komiteens praksis.

3.4.4 Konklusjon

Domstolens tolkning av hvor langt statenes jurisdiksjon strekker seg i tilfeller av eksterriale handlinger ble avgjort på bakgrunn av flere rettskildefaktorer. MRKs praksis ble stadfestet som en relevant rettskildefaktor, og i denne dommen var komiteens uttalelser også blant de faktorer som begrunnet domstolens tolkningsresultat. Domstolen støttet sin løsning på flere rettskildefaktorer, og komiteens uttalelser var en av disse. På denne måten hadde uttalelsene betydning for den materielle drøftelse i EMD.

3.5 Py mot Frankrike:¹⁵⁹ TP1-3 – Retten til frie valg

3.5.1 Hvorfor problemstillingen kom til behandling i begge organer

Begge sakene gjaldt spørsmål omkring krav om botid for å få stemmerett i Ny Caledonia. Mens klagen i *Gillot og andre mot Frankrike*¹⁶⁰ gjaldt valget om selvbestemmelsesrett i 1998 rettet *Py mot Frankrike* fokus mot valget til Kongressen i 1999. De to sakene gjaldt for øvrig forskjellige individer, og det ble heller ikke anført fra statens side at saken måtte

Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom avsnitt 71 og 73.

¹⁵⁸ Leonhardsen *Å betrakte andres lidelse som "inadmissible"* [sic] – *Anvendelse av den europeiske menneskerettighetskonvensjon utenfor konvensjonsstatenes grenser* i Lov og Rett 2007 s. 233-252 på s. 245.

¹⁵⁹ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France*.

¹⁶⁰ *Gillot et al. v. France* (Communication No 932/2000), Views adopted 26 July 2002.

avvises fordi den skulle være den samme som hadde blitt behandlet av et annet internasjonalt organ.

3.5.2 Kort om sakens faktum og utfall

Py var en fransk statsborger som i 1995 ble ansatt ved et universitet i det franske territoriet Ny Caledonia. Han registrerte seg som velger i valgkretsen Nouméa, men fikk ikke stemmerett ved valget om selvbestemmelsesrett i 1998. Det ble stilt som vilkår for stemmerett at man hadde ti års sammenhengende opphold i territoriet forut for valget, og Py fylte ikke dette vilkåret. Da han av samme grunn heller ikke fikk stemmerett ved valget til kongressen i 1999, klagde han forholdet inn til EMD. Py mente tiårskravet krenket hans rettigheter etter artikkel 3 i tilleggsprotokoll 1 om retten til frie valg, men EMD kom til at bestemmelsen ikke var krenket.¹⁶¹

3.5.3 Problemstilling

Spørsmålet domstolen måtte ta stilling til, var hvorvidt krav om en viss tids opphold i Ny Caledonia for å være stemmeberettiget ved valg utgjør en krenkelse av retten til å stemme for franskmenn som bor der, men ikke fyller kravene til botid.

3.5.4 EMDs forhold til uttalelsen fra MRK

Domstolen inntok under gjennomgangen av relevant internasjonal praksis et langt referat¹⁶² fra MRKs uttalelse i saken *Gillot og andre mot Frankrike*.¹⁶³ Uttalelsen dreide seg om 21 franske statsborgere som ikke fikk stemmerett ved valget om selvbestemmelsesrett i Ny

¹⁶¹ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* avsnittene 8-17 og pressemelding av 11. januar 2005 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%22py%20v.%20france%22%20%7C%20press%20%7C%20release%20%7C%2066289/01&sessionid=15398539&skin=hudoc-pr-en>, besøkt 1. november 2008.

¹⁶² Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* avsnitt 17.

¹⁶³ *Gillot et al. v. France* (Communication No 932/2000), Views adopted 26 July 2002.

Caledonia i 1998. Selv om klagerne der rettet sin klage mot valget i 1998 mens Pys klage rettet seg mot valget til kongressen i 1999, gjaldt de to sakene samme problemstilling, nemlig spørsmålet om tiårskravet utgjorde en ulovlig restriksjon i retten til frie valg.¹⁶⁴ Problemstillingen om hvilken betydning MRKs uttalelser får for EMDs drøftelse kom her på spissen, da de to organene måtte fatte sine avgjørelser basert på de samme faktiske grunnlag. For å finne ut hvilken betydning komiteens uttalelse hadde for EMDs materielle drøftelse, må man først se på hvilke rettskildefaktorer som var avgjørende for domstolens avgjørelse.

Domstolen la først til grunn at tiårskravet søkte å sikre at valgresultatene reflekterte viljen til den berørte befolkningen, heller enn å bli påvirket av et stort antall stemmer fra nyankomne som ikke hadde sterke bånd til territoriet. Dette ble ansett som et legitimt formål, så det springende punkt ble hvorvidt denne restriksjonen var å anse som proporsjonal i forhold til formålet.¹⁶⁵

Under denne drøftelsen konstaterte domstolen at tiårskravet ”might appear disproportionate to the aim pursued”,¹⁶⁶ men kom likevel under henvisning til artikkel 56 og komiteens uttalelse til at kravet ikke var uproporsjonalt.¹⁶⁷ Disse to rettskildefaktorene ble dermed utslagsgivende for domstolens konklusjon. Hadde domstolen ikke hatt disse faktorene å støtte seg på, ville den som antydnet i dommens avsnitt 57 ha konkludert med at restriksjonen i klagerens stemmerett var uproporsjonal i forhold til formålet den søkte å oppnå – og følgelig at TP1-3 var krenket. MRKs praksis utgjør dermed en av de rettskildefaktorer som trakk i retning av den konklusjonen domstolen falt ned på.

¹⁶⁴ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* avsnitt 17 og *Gillot et al. v. France* (Communication No 932/2000), Views adopted 26 July 2002 avsnitt 11.2.

¹⁶⁵ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* avsnittene 50-53.

¹⁶⁶ Ibid. avsnitt 57.

¹⁶⁷ Ibid. avsnitt 64.

Spørsmålet etter dette blir hvilken vekt EMD la på komiteens uttalelse. Artikkel 56 fremstår som hovedargumentet i domstolens begrunnelse. Faktum holdt opp mot ordlyden i denne bestemmelsen dannet grunnlaget for konklusjonen om at TP1-3 ikke var krenket. I forbindelse med artikkel 56 ble domstolens og kommisjonens tidligere avgjørelser i sakene *Mathieu-Mohin og Clerfayt mot Belgia*¹⁶⁸ og *Polacco og Garofalo mot Italia*¹⁶⁹ nevnt, men disse sakene gjaldt forhold under en helt annen politisk og historisk situasjon enn *Py mot Frankrike*.¹⁷⁰ Sakene dreide seg heller ikke om anvendelse av regelen i artikkel 56, og gav ikke anvisning på noen klar løsning for nærværende sak.

Domstolens henvisning til komiteens uttalelse ble innledet med "[a]s the United Nations Human Rights Committee noted", før uttalelsens sentrale avsnitt ble sitert.¹⁷¹ Sitatet følges ikke opp av en nærmere begrunnelse for hvorfor det samme bør gjelde her. Formuleringen viser at komiteens uttalelse ikke er en nødvendig del av domstolens begrunnelse, men snarere et støtteargument. Uttalelsen ble sammen med omstendigheter i sakens faktum brukt som begrunnelse for å gi regelen i artikkel 56 anvendelse. Hovedvekten ble lagt på konkrete faktiske omstendigheter, mens komiteens uttalelse ble brukt til å støtte tolkningen de faktiske forhold ledet til. Uttalelsen ble dermed ikke tillagt så stor vekt at den alene begrunnet tolkningsresultatet, men den ble brukt til å gi domstolens tolkning av artikkel 56 sterkere forankring.

3.5.5 Konklusjon

MRKs uttalelse om tilsvarende faktum ble trukket inn som bakgrunn for domstolens drøftelse. Domstolen falt ned på den konklusjonen uttalelsen trakk i retning av, men hovedargumentet for denne løsningen lå i en tolkning av artikkel 56. Komiteens uttalelse fikk betydning som støtteargument, da den talte for å gi artikkel 56 anvendelse. Uttalelsen

¹⁶⁸ Judgment of 2 March 1987, *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*.

¹⁶⁹ Commission decision of 15 September 1997, *Polacco and Garofalo v. Italy*.

¹⁷⁰ Judgment of 11 January 2005, *Py v. France* avsnitt 62.

¹⁷¹ Ibid. avsnitt 63.

fikk således betydning for domstolens materielle drøftelse i den forstand at den styrket domstolens tolkning.

3.6 Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia:¹⁷² Artikkel 34 – Midlertidige tiltaks bindende karakter

3.6.1 Kort om sakens faktum og utfall

Saken gjaldt utleveringen av to usbekiske statsborgere, Mamatkulov og Askarov, fra Tyrkia til Usbekistan. Begge var medlemmer av ”Erk”, et opposisjonsparti i Usbekistan, og var i hjemlandet mistenkt for terrorisme. Etter at begge ble arrestert i Tyrkia henholdsvis 3. og 5. mars 1999, krevde Usbekistan dem utlevert i henhold til en bilateral utleveringsavtale mellom de to landene. Klagerne mente Tyrkia ville bryte sine forpliktelser etter EMK artikkel 3 dersom de ble utlevert, da de risikerte å bli torturert i usbekiske fengsler. 18. mars 1999 vedtok EMD midlertidig tiltak som anmodet Tyrkia om ikke å utlevere dem, i påvente av endelig dom. Likevel besluttet tyrkiske myndigheter 19. mars at begge skulle utleveres, og 27. mars ble utleveringen gjennomført.

Klagerne påstod blant annet at artikkel 34 var krenket, da manglende etterlevelse av det midlertidige tiltaket fratok dem den praktiske betydningen av å fremme en klage. EMD i storkammer kom til at artikkel 34 var krenket, da Tyrkia ved ikke å etterkomme det midlertidige tiltaket hadde hindret klagerens effektive utøvelse av retten til å bringe en individuell klage inn til EMD.¹⁷³

3.6.2 Problemstilling

EMD måtte i *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* ta stilling til hvorvidt domstolens midlertidige tiltak er av bindende karakter, slik at manglende etterlevelse utgjør en krenkelse av individenes klagerett.

¹⁷² Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*.

¹⁷³ Ibid. avsnittene 11-36.

3.6.3 De relevante uttalelsene fra MRK

Domstolen viste til tre uttalelser fra MRK, navnlig *Glen Ashby mot Trinidad og Tobago*,¹⁷⁴ *Piandiong og andre mot Filippinene*¹⁷⁵ og *Sholam Weiss mot Østerrike*.¹⁷⁶ I alle tre tilfellene hadde komiteen truffet vedtak om midlertidig beskyttelse i medhold av regel 86 i komiteens prosedyreregler,¹⁷⁷ uten at statene hadde etterkommet disse.

MRK kom i *Glen Ashby mot Trinidad og Tobago* til at staten brøt sine forpliktelser etter tilleggsprotokollen til konvensjonen om sivile og politiske rettigheter – som knesetter adgangen til individuelle klager – ved å henrette Ashby før komiteen hadde behandlet saken ferdig, og at "[i]t was particularly inexcusable for the State to do so after the Committee had acted under its Rule 86 requesting the State party to refrain from doing so".¹⁷⁸ Dette ble videreført i *Dante Piandiong, Jesus Morillos og Archie Bulan mot Filippinene*, der komiteen slo fast at ved en stats tiltredelse til konvensjonens tilleggsprotokoll følger det implisitt et tilsagn om å samarbeide lojalt med komiteen, slik at den får anledning til å behandle klagene.¹⁷⁹ Det ble påpekt at "[i]nterim measures pursuant to rule 86 of the Committee's rules adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol",¹⁸⁰ og i konklusjonen understreket komiteen at selv om den i vurderingen av sakens realitet ikke fant at noen av

¹⁷⁴ *Glen Ashby v. Trinidad and Tobago* (Communication No. 580/1994), Views adopted 21 March 2002.

¹⁷⁵ *Piandiong et al. v. the Philippines* (Communication No. 869/1999), Views adopted 19 October 2000.

¹⁷⁶ *Sholam Weiss v. Austria* (Communication No. 1086/2002), Views adopted 15 May 2003.

¹⁷⁷ *Glen Ashby v. Trinidad and Tobago* (Communication No. 580/1994), Views adopted 21 March 2002 avsnitt 3.1, *Piandiong et al. v. the Philippines* (Communication No. 869/1999), Views adopted 19 October 2000 avsnitt 1.3 og *Sholam Weiss v. Austria* (Communication No. 1086/2002), Views adopted 15 May 2003 avsnitt 1.2.

¹⁷⁸ *Glen Ashby v. Trinidad and Tobago* (Communication No. 580/1994), Views adopted 21 March 2002 avsnitt 10.10.

¹⁷⁹ *Piandiong et al. v. the Philippines* (Communication No. 869/1999), Views adopted 19 October 2000 avsnitt 5.1.

¹⁸⁰ Ibid. avsnitt 5.4.

konvensjonens bestemmelser var brutt, hadde staten begått en alvorlig krenkelse av tilleggsprotokollen ved ikke å etterkomme det midlertidige tiltaket.¹⁸¹ Uttalelsene ble gjentatt i *Sholam Weiss mot Østerrike*,¹⁸² slik at komiteen har utviklet en fast praksis om at manglende etterlevelse av midlertidige tiltak utgjør en krenkelse av individenes klagerett.

3.6.4 Henvisningen til uttalelsene fra MRK

Domstolens hjemmel for å treffe midlertidige tiltak er regel 39 i domstolens prosedyreregler,¹⁸³ som den i medhold av konvensjonens artikkel 26 (d) har myndighet til å vedta. Prosedyrereglene er likevel ikke en del av konvensjonsteksten, og dermed ikke del av den teksten statene uttrykkelig har forpliktet seg til ved signering av konvensjonen. Suverenitetsprinsippet tilsier at statene bare er bundet av bestemmelser som de selv uttrykkelig har sluttet seg til.¹⁸⁴ En streng fortolkning skulle dermed innebære at statene ikke har bundet seg til bestemmelsene i domstolens prosedyreregler, og dermed at midlertidige tiltak ikke er av bindende karakter.

Suverenitetsprinsippet er imidlertid ikke det eneste prinsippet som har betydning for tolkningen – blant annet må også effektivitetsprinsippet tas i betraktning.¹⁸⁵ Domstolens flertall uttalte derfor at ”the view expressed on this subject by other international bodies” ville bli tatt i betraktning.¹⁸⁶ Under gjennomgangen av sakens faktum siterer domstolen regel 86 i MRKs prosedyreregler, som er komiteens hjemmel for å treffe midlertidige

¹⁸¹ *Piandiong et al. v. the Philippines* (Communication No. 869/1999), Views adopted 19 October 2000 avsnitt 8.

¹⁸² *Sholam Weiss v. Austria* (Communication No. 1086/2002), Views adopted 15 May 2003 avsnittene 7.1-7.2.

¹⁸³ European Court of Human Rights, Rules of Court, se <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf>, besøkt 7. november 2008.

¹⁸⁴ Se for eksempel Ruud og Ulfstein *Innføring i folkerett* (2006) s. 22, Fleischer *Folkerett* (2005) s. 24-25 og Cassese *International law* (2005) s. 53.

¹⁸⁵ Brownlie *Principles of public international law* (2008) s. 290.

¹⁸⁶ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* avsnitt 110.

tiltak.¹⁸⁷ I tillegg vises det til de tre ovennevnte sakene der komiteen har lagt til grunn at manglende etterlevelse av slike midlertidige tiltak ikke er i samsvar med statenes plikter under SP.¹⁸⁸ Relevansen av MRKs praksis legges således til grunn uten noen nærmere drøftelse.

Spørsmålet blir så hvilken betydning komiteens uttalelser fikk på domstolens drøftelse. EMD hadde i tidligere saker lagt til grunn at statene ikke pliktet å etterkomme midlertidige tiltak,¹⁸⁹ men kom nå til motsatt konklusjon. En indikasjon på at komiteens uttalelser kan ha fått innflytelse på dommens utfall, er at uttalelsene var blant de rettskildefaktorer domstolen henviste til i sin begrunnelse. Flertallet uttalte at organer som MRK ”although operating under different treaty provisions to those of the Court, have confirmed in their reasoning in recent decisions that the preservation of the asserted rights of the parties in the face of the risk of irreparable damage represents an essential objective of interim measures in international law”.¹⁹⁰ Det vises videre til at “[l]ikewise, under the Convention system, interim measures ... play a vital role in avoiding irreversible situations that would prevent the Court from properly examining the application and, where appropriate, securing to the applicant the practical and effective benefit of the Convention rights asserted”.¹⁹¹ Konklusjonen ble følgelig at ”by failing to comply with the interim measures indicated under Rule 39 of the Rules of Court, Turkey is in breach of its obligations under Article 34 of the Convention”.¹⁹² Domstolen brukte på denne måten blant annet MRKs praksis som argument for å tolke artikkel 34 slik at statene pliktet å etterleve midlertidige tiltak.

Denne tolkningen er best i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet, og ivaretar også hensynet til harmoni med andre regler i folkeretten. Skulle domstolen motsatt ha kommet

¹⁸⁷ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* avsnitt 40.

¹⁸⁸ Ibid. avsnittene 41-42.

¹⁸⁹ Ibid. avsnitt 109.

¹⁹⁰ Ibid. avsnitt 124.

¹⁹¹ Ibid. avsnitt 125.

¹⁹² Ibid. avsnitt 129.

til at artikkel 34 ikke var krenket, ville dette innebære at rettigheten ble teoretisk og illusorisk snarere enn praktisk og effektiv.¹⁹³ Domstolen understreket at ”it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory”. Under henvisning til *Al-Adsani*-dommen slo flertallet i tillegg fast at ”the Convention must be interpreted so far as possible consistently with the other principles of international law of which it forms a part”.¹⁹⁴ Uttalelsen viser at domstolen tilstrebet å komme til en avgjørelse som er i harmoni med reglene folkeretten ellers.

Et mindretall på tre dommere, som kom til at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 34, ville derimot ikke legge vekt på andre organers praksis i tolkningen av konvensjonen. Begrunnelsen for dette var at hjemmelen for å treffe midlertidige tiltak ikke fantes i domstolens konstituerende instrument, i motsetning til hva som var tilfellet ved for eksempel ICJ.¹⁹⁵ Mindretallet fremhevet dermed forskjellene i de respektive organers hjemler for å vedta midlertidige ordninger som begrunnelse for ikke å tillegge de andre organenes praksis vekt. Dette tyder på at de internasjonale organers praksis – herunder MRKs praksis – spilte en viktig rolle i flertallets votum.

Samtidig var komiteens uttalelser på samme måte som i *Issa mot Tyrkia* og *Py mot Frankrike* bare en av flere rettskildefaktorer som ble brukt som begrunnelse for resultatet. Domstolen henviste også til praksis fra ICJ, Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen og FNs Torturkomité, som alle trakk i samme retning som komiteens uttalelser.¹⁹⁶ Summen av vekten disse faktorene ble tillagt var tilstrekkelig til at de fikk en sentral rolle i domstolens begrunnelse. Det forhold at domstolen trekker inn

¹⁹³ Se avsnitt 2.3.3.

¹⁹⁴ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* avsnitt 111, se for øvrig avsnitt 2.1.

¹⁹⁵ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Caflisch, Türmen and Kovler avsnitt 21.

¹⁹⁶ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* avsnitt 124.

mange faktorer i begrunnelsen, kan tyde på at uttalelsene alene neppe ville tillegges nok vekt til å begrunne dommens utfall.

3.6.5 Konklusjon

Spørsmålet om manglende etterlevelse av midlertidige tiltak utgjør en krenkelse av artikkel 34 ble løst under henvisning til en rekke internasjonale rettskildefaktorer, hvor MRKs praksis var en av disse. Praksis fra internasjonale organer utgjør et sentralt ledd i begrunnelsen for domstolens konklusjon. Domstolen brøt med egen tidligere praksis, og kom til den samme løsningen som var lagt til grunn blant annet i uttalelser fra MRK. Komiteens uttalelser var dermed blant de faktorer som fikk innflytelse på dommens utfall.

3.7 Öcalan mot Tyrkia:¹⁹⁷ Artikkel 2 – Retten til liv

3.7.1 Kort om sakens faktum og utfall

Saken dreide seg om dødsdommen mot Abdullah Öcalan. Öcalan grunnla PKK, og var organisasjonens leder inntil han ble arrestert av tyrkiske myndigheter. Han ble funnet skyldig i blant annet å ha bedrevet aktiviteter med løsrivelse fra Tyrkia som formål, og ble derfor dømt til døden. EMD vedtok i november 1999 midlertidig tiltak som påla Tyrkia ikke å realisere dødsdommen, og dette ble etterkommet av tyrkiske myndigheter. Senere ble dødsstraff i ferdstid avskaffet i Tyrkia, og i september 2002 erklærte den tyrkiske stat overfor domstolen at dødsdommen ikke lenger kunne bli fullbyrdet. Følgelig ble Öcalan aldri henrettet.¹⁹⁸

Klagen til EMD rettet seg blant annet mot forhold i forbindelse med rettergangen og avsigelsen av dødsdommen. Öcalan mente at artikkel 6 var krenket under rettergangen, og at artiklene 2 og 3 som en følge av dette var krenket i og med at dødsdom ble avsagt.

¹⁹⁷ Judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey*.

¹⁹⁸ Sikuta *European Court of Human Rights: case-law of the Grand Chamber 1998-2006* (2007) s. 335-336 og judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey* avsnittene 13-51.

Domstolen kom til at Öcalan ikke hadde hatt en rettferdig rettergang, slik at artikkel 6 var krenket. Når det gjaldt avsigelsen av dødsdommen, ble det konkludert med at artikkel 3 var krenket, mens artikkel 2 ikke var krenket.

3.7.2 Problemstilling

Saken reiste spørsmål om andre bestemmelser i konvensjonen automatisk er å anse krenket som en følge av at det avsies dødsdom etter en rettssak som ikke oppfyller kravene til rettferdig rettergang. Det sentrale spørsmål av betydning for avhandlingens problemstilling var hvorvidt artikkel 2 var krenket som en følge av at klageren hadde blitt dømt til døden under en rettergang som krenket artikkel 6.

3.7.3 De relevante uttalelsene fra MRK

Domstolen viste under gjennomgangen av relevante internasjonale rettskildefaktorer til tre uttalelser fra MRK,¹⁹⁹ navnlig *Daniel Mbenge mot Zaire*²⁰⁰, *Reid mot Jamaica*²⁰¹ og *Wright mot Jamaica*.²⁰² Alle disse sakene behandlet spørsmålet om SP artikkel 6, som tilsvarer EMK artikkel 2, automatisk er å anse som krenket når man kommer til at SP artikkel 14, som tilsvarer EMK artikkel 6, er krenket i forbindelse med avsigelsen av en dødsdom.

I *Daniel Mbenge mot Zaire* la komiteen til grunn at "the failure of the State party to respect the relevant requirements of article 14 (3) leads to the conclusion that the death sentences pronounced against the author of the communication were imposed contrary to the provisions of the Covenant, and therefore in violation of article 6 (2)"²⁰³ [min kursivering]. Dette innebærer at der SP artikkel 14 er krenket under rettergangen, vil en dødsdom som

¹⁹⁹ Judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey* avsnitt 60.

²⁰⁰ *Daniel Mbenge v. Zaire* (Communication No. 16/1977), Views adopted 25 March 1983.

²⁰¹ *Reid v. Jamaica* (Communication No 250/1987), Views adopted 21 August 1990.

²⁰² *Wright v. Jamaica* (Communication No. 349/1989), Views adopted 27 August 1992.

²⁰³ *Daniel Mbenge v. Zaire* (Communication No. 16/1977), Views adopted 25 March 1983 avsnitt 17.

følge av den krenkelsen også innebære en krenkelse av SP artikkel 6. Komiteen konkluderte følgelig med at også klagerens rettigheter etter artikkel 6 var krenket.²⁰⁴

Dette synet ble fulgt opp i saken *Reid mot Jamaica*, om enn under dissens. Flertallet kom til at "since the final sentence of death was passed without having met the requirements for a fair trial set forth in article 14, it must be concluded that the right protected by article 6 of the Covenant has been violated".²⁰⁵ Komiteen gjentok dette i *Wright mot Jamaica* – denne gangen enstemmig.²⁰⁶ Det må etter dette legges til grunn at komiteen har utviklet en fast praksis som innebærer at illeggelse av dødsstraff etter en rettergang som krenker SP artikkel 14 som sådan utgjør en krenkelse av SP artikkel 6. Slutningen fra komiteens praksis blir dermed at den taler for å tolke EMK slik at artikkel 2 automatisk anses brutt der det avsies dødsstraff etter en urettferdig rettergang.

3.7.4 Distinksjon mellom avsigelse og realisering av dødsdom

EMD valgte en noe annen tilnærming til spørsmålet enn den komiteen hadde foretatt. Mens komiteen rettet sin drøftelse mot det å dømme et individ til døden generelt, trakk domstolen et skille mellom på den ene siden å avsi en dødsdom, og på den andre siden å realisere dødsdommen. Normalt vil ikke en slik distinksjon ha nevneverdig praktisk betydning, da realiseringen naturlig vil følge avsigelsen av dommen. Skillet ble imidlertid aktualisert i nærværende sak av lovendringen som ble gjennomført i Tyrkia etter at dødsdommen mot Öcalan var avsagt, men før den var fullbyrdet. All den tid det var klart at Öcalan ikke ville komme til å bli henrettet, ble spørsmålet domstolen måtte ta stilling til hvorvidt det at dødsdommen i sin tid ble avsagt i seg selv utgjorde en krenkelse av konvensjonens bestemmelser.

²⁰⁴ *Daniel Mbenge v. Zaire* (Communication No. 16/1977), Views adopted 25 March 1983 avsnitt 21.

²⁰⁵ *Reid v. Jamaica* (Communication No 250/1987), Views adopted 21 August 1990 avsnitt 11.5.

²⁰⁶ *Wright v. Jamaica* (Communication No. 349/1989), Views adopted 27 August 1992 avsnitt 8.7.

I forhold til avsigelsen av dødsdommen fant domstolen at ”no separate issue arises under Article 2”,²⁰⁷ slik at vurderingen av mulig konvensjonsstrid ble fokusert omkring artikkel 3. I motsetning til hva komiteen la til grunn, kom altså domstolen til at forholdet måtte vurderes opp mot bestemmelsen om forbud mot tortur heller enn bestemmelsen om retten til liv. Komiteens løsning ble dermed ikke brukt som mal for domstolens løsning, selv om det heller ikke ble henvist til andre rettskildefaktorer som begrunnelse for å foreta vurderingen av mulig konvensjonsstrid i forhold til artikkel 3 heller enn artikkel 2. Dette tyder på at EMD ikke føler seg særlig forpliktet til å komme til de samme løsninger som MRK. Domstolen falt her ned på en annen løsning enn komiteen uten å begrunne dette nærmere, noe som innebærer at komiteens praksis på dette punktet ble tillagt liten eller ingen vekt.

Domstolens løsning må imidlertid sees i sammenheng med særegenhetene i sakens faktum. Idet det ble klart at dødsdommen aldri ville bli realisert, ble det samtidig klart at artikkel 2 etter sin ordlyd ikke ville bli krenket. Det fremstår lite hensiktsmessig å vurdere om retten til liv er krenket når det er på det rene at klageren ikke har mistet og ikke vil komme til å miste livet. Forskjellene i de faktiske forhold i sakene de to organene måtte ta stilling til kan dermed være årsaken til at EMD valgte en annen tilnærming enn MRK.

I forhold til fullbyrdelse av dommen fant domstolen at siden dødsstraff hadde blitt avskaffet i Tyrkia, og Öcalans straff hadde blitt nedsatt til livsvarig fengsel, måtte klagen for så vidt gjaldt fullbyrdelse av dødsdommen avvises. Følgelig forelå det ikke noen krenkelse i dette tilfellet.²⁰⁸ Som et ledd i drøftelsen omkring avsigelsen av dødsdommen uttalte domstolen under henvisning til kammerets avgjørelse likevel som et *obiter dictum* at fullbyrdelse av dødsstraff overfor en person som ikke har hatt en rettferdig rettergang ikke ville være tillatt.²⁰⁹ De tre ovennevnte uttalelsene fra MRK ble anført som støtte for denne løsningen. Skulle dødsdommen mot Öcalan ha blitt fullbyrdet, ville dette dermed ha utgjort

²⁰⁷ Judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey* avsnitt 156.

²⁰⁸ Ibid. avsnittene 154-155.

²⁰⁹ Ibid. avsnitt 166.

en krenkelse av konvensjonens artikkel 2. EMD kom altså i prinsippet til samme løsning som komiteen når det gjelder realisering av dødsdom etter urettferdig rettergang. Også EMD la til grunn at realisering av dødsdom under slike omstendigheter utgjør brudd på bestemmelsen om retten til liv, men siden dødsdommen mot Öcalan aldri ble fullbyrdet forelå det ikke noen krenkelse av artikkel 2 i dette tilfellet.

Spørsmålet blir så hvilken vekt EMD tilla MRKs uttalelser. Det forelå rikelig med praksis fra EMD som presiserte nærmere kravene til rettferdig rettergang, men ingen dommer der domstolen måtte ta stilling til om henrettelse etter en dom som krenket artikkel 6 var å anse som en krenkelse av artikkel 2. Domstolen måtte derfor trekke inn andre rettskildefaktorer i sin begrunnelse, og blant disse var komiteens ovennevnte uttalelser. På samme måte som i *Fretté mot Frankrike*, *Issa og andre mot Tyrkia* og *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* var MRKs praksis imidlertid ikke den eneste rettskildefaktoren domstolen henviste til i sin begrunnelse. Også en resolusjon fra ECOSOC og praksis fra Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen ble trukket inn i begrunnelsen.²¹⁰ Heller ikke her ble komiteens uttalelser tillagt nok vekt til alene å kunne begrunne utfallet av domstolens drøftelse, men alle disse faktorene til sammen utgjorde den sentrale del av begrunnelsen. Dermed var komiteens uttalelser også her en av de faktorer domstolen støttet sin begrunnelse på.

3.7.5 Konklusjon

Særegenhetene i sakens faktum la opp til distinksjonen mellom å avsi og å realisere dødsdom. Avsigelsen av dødsdom etter urettferdig rettergang skulle i denne saken i motsetning til MRKs løsning vurderes i forhold til artikkel 3 i stedet for artikkel 2. Samtidig la domstolen til grunn at realisering av slik dødsdom ville utgjøre en krenkelse av artikkel 2. I denne forbindelse la EMD vekt på blant annet komiteens praksis, og kom til den løsning komiteens uttalelser trakk i retning av. Uttalelsene hadde dermed betydning for

²¹⁰ Judgment of 12 May 2005, *Öcalan v. Turkey* avsnitt 166.

EMDs materielle drøftelse, men de var bare en av flere rettskildefaktorer domstolen anførte som begrunnelse for sitt resultat.

3.8 Riener mot Bulgaria:²¹¹ Artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4 – Bevegelsesfrihet

3.8.1 Kort om sakens faktum og utfall

Riener var en bulgarsk statsborger som flyttet til Østerrike i 1985. Året etter giftet hun seg med en østerriksk statsborger, og fikk i 1989 selv østerriksk statsborgerskap. I juli 1992 krevde bulgarske skattemyndigheter henne for et større beløp de mente hun skyldte den bulgarske stat i utestående skatt. Under et opphold i Bulgaria i 1995 ble hun derfor ilagt utreiseforbud. Forbudet ble opphevet i 2004, etter at statens forsøk på å inndrive det påståtte skattekravet opphørte.²¹²

Klageren anførte blant annet at utreiseforbudet var et ulovlig inngrep i hennes bevegelsesfrihet, og følgelig i strid med artikkel 2 i tilleggsprotokoll 4. Domstolen kom til at TP4-2 var krenket, da inngrepet i klagerens bevegelsesfrihet ikke oppfylte kravene til proporsjonalitet i forhold til formålet det søkte å oppnå.²¹³

3.8.2 Problemstilling

Domstolen måtte ta stilling til en rekke spørsmål angående tolkningen av retten til bevegelsesfrihet jf. TP4-2. Komiteens praksis var relevant for vurderingen av utreiseforbudets proporsjonalitet. Spørsmålet var om et inngrep i bevegelsesfriheten som i utgangspunktet var proporsjonalt i forhold til målet som søktes oppnådd over tid vil gå over til å bli uproporsjonalt.

²¹¹ Judgment of 23 May 2006, *Riener v. Bulgaria*.

²¹² Ibid. avsnittene 9-47.

²¹³ Ibid. avsnitt 130.

3.8.3 Henvisningen til praksis fra MRK

Vilkårene for å kunne gjøre inngrep i retten til bevegelsesfrihet er at inngrepet må ha hjemmel i lov, det må søke å oppnå et legitimt formål og det må være proporsjonalt i forhold til formålet som søkes oppnådd, jf. TP4-2 (3). Domstolen kom til at de to første vilkårene var oppfylt, så det springende punkt ble hvorvidt utreiseforbudet var proporsjonalt i forhold til formålet om å inndrive utestående skatt.

Domstolen henviste til MRKs uttalelse i saken *Miguel González del Río mot Peru*²¹⁴ som støtte for at et inngrep i bevegelsesfriheten som i utgangspunktet oppfylte kravene til proporsjonalitet går over til å bli uproporsjonalt dersom det varer over lengre tid.²¹⁵ Dette viser at også her anses praksis fra MRK som en relevant rettskildefaktor, og domstolens behandling av komiteens praksis var denne gangen veldig grundig. Først ble regelen i SP artikkel 12, som tilsvarer TP4-2, redegjort for, dernest ble uttalelsens sentrale avsnitt sitert, før uttalelsen endelig ble referert til under drøftelsen av utreiseforbudets proporsjonalitet.²¹⁶

EMD viste imidlertid også til egen praksis på omkring spørsmålet om proporsjonalitet. Slutningen fra komiteens uttalelser – at et inngrep som til å begynne med måtte anses å være proporsjonalt over tid kan gå over til å bli uproporsjonalt – er den samme som slutningen fra EMDs egen praksis. Et påtrengende spørsmål blir dermed hvorfor domstolen trakk uttalelsen fra MRK inn i sin begrunnelse, når den samme løsningen som uttalelsen forfektet fulgte allerede av domstolens tidligere avgjørelser i *Luordo mot Italia*²¹⁷ og *İletmiş mot Tyrkia*.²¹⁸ En grunn til dette kan ha vært at varigheten i utreiseforbudet i saken for MRK var mer jevnførbart med faktum i *Riener*-saken enn det de tidligere sakene fra EMD var. Mens Rieners utreiseforbud stod seg i nesten ni år, ble klagerne i *Luordo mot*

²¹⁴ *Miguel González del Río v. Peru* (Communication No. 263/1987), Views adopted 28 October 1992.

²¹⁵ Judgment of 23 May 2006, *Riener v. Bulgaria* avsnitt 121.

²¹⁶ Ibid. avsnittene 81-84 og 121.

²¹⁷ Judgment of 17 July 2003, *Luordo v. Italy*.

²¹⁸ Judgment of 6 December 2005, *İletmiş v. Turkey*.

Italia og *İletmiş mot Tyrkia* nektet utreise i henholdsvis 14 år og åtte måneder og 15 år.²¹⁹ Utreiseforbudene i disse sakene varte altså betydelig lengre enn i *Riener*-saken. I *Miguel González del Río mot Peru* hadde derimot utreiseforbudet bare vart i sju år²²⁰ – altså en kortere periode enn hva som var tilfellet i *Riener*-saken. Om man ikke kunne slutte fra EMDs to tidligere dommer at et utreiseforbud som bare hadde vart i ni år ikke lenger kunne sies å oppfylle kravene til proporsjonalitet, gav uttalelsen fra MRK støtte for at selv sju år kunne være nok. Ved også å henvise til komiteens uttalelse, fikk domstolen sterkere forankring for sitt syn om at tilsvarende prinsipp måtte få anvendelse også i nærværende sak. Skulle domstolen derimot ha unnlatt å trekke inn komiteens uttalelse, ville henvisningen til EMDs tidligere dommer kunne ha fremstått som lite overbevisende på grunn av forskjellene i sakenes faktum hva gjelder tidsaspektet.

Et eget spørsmål er hvor stor vekt komiteens uttalelse ble tillagt. Dommene fra EMD fremstår som hovedargumentet, mens det deretter vises til at MRK i *Miguel González del Río mot Peru* inntok en ”similar position”.²²¹ Mens domstolens egen praksis dermed var den rettskildefaktoren som ble utslagsgivende, fremstår komiteens uttalelse mer som et støtteargument. For øvrig henviste ingen av de to tidligere dommene fra EMD til MRKs praksis, til tross for at uttalelsen i *Miguel González del Río mot Peru* falt lenge før begge disse. Domstolen anså det dermed både i *Luordo mot Italia* og *İletmiş mot Tyrkia* mulig å konstatere konvensjonsbrudd uten å måtte gjøre bruk av en henvisning til komiteens praksis. I tillegg var utreiseforbudets varighet bare ett av flere momenter som ledet til at domstolen anså forbudet uproporsjonalt,²²² slik at det kunne tenkes at domstolen ville falt ned på samme konklusjon også uten støtte i argumentet om tidsaspektet. Komiteens praksis

²¹⁹ Judgment of 17 July 2003, *Luordo v. Italy* avsnitt 96 og Judgment of 6 December 2005, *İletmiş v. Turkey* avsnitt 48.

²²⁰ *Miguel González del Río v. Peru* (Communication No. 263/1987), Views adopted 28 October 1992 avsnitt 5.3.

²²¹ Judgment of 23 May 2006, *Riener v. Bulgaria* avsnitt 121.

²²² Ibid. avsnitt 130.

kan dermed ikke sies å ha blitt utslagsgivende for domstolens drøftelse, men tjente snarere som støtteargument.

3.8.4 Konklusjon

MRKs praksis spilte ikke noen fremtredende rolle for EMDs tolkning av TP4-2. Uttalelsen i *Miguel González del Río mot Peru* ble riktignok trukket inn som en relevant rettskildefaktor, men tjente bare som støtteargument. Komiteens praksis kan ikke sies å ha fått avgjørende innflytelse på domstolens materielle drøftelse, men bidro til å gi EMD bedre forankring for sin løsning. Hovedargumentet i domstolens begrunnelse var først og fremst egen praksis, slik at komiteens uttalelse bare ble brukt til å styrke begrunnelsen for løsningen domstolen uansett hadde kommet til.

3.9 Folgerø og andre mot Norge:²²³ TP1-2 – Foreldreretten

3.9.1 Hvorfor problemstillingen kom til behandling i begge organer

Den påklagde dommen²²⁴ ble for Norges Høyesterett ført som en felles sak av syv foreldrepar. Tre av disse klagde saken inn til EMD, mens fire klagde til MRK. Uttalelsen fra komiteen falt 23. november 2004,²²⁵ og EMD måtte dermed i sin avgjørelse om adgangen til å ta saken under behandling av 14. februar 2006²²⁶ først ta stilling til om saken måtte avvises i medhold av artikkel 35 (2)(b). Domstolen kom til at all den tid klagerne for de to organer er forskjellige individer, kan klagen til domstolen ikke anses å være den samme som allerede har blitt henvist til et annet organ. Saken ble dermed tillatt fremmet.

²²³ Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway*.

²²⁴ Rt. 2001 s. 1006.

²²⁵ *Leirvåg et al. v. Norway* (Communication No 1155/2003), Views adopted 23 November 2004.

²²⁶ Admissibility decision of 16 February 2006, *Folgerø and Others v Norway*.

3.9.2 Kort om sakens faktum og utfall

Folgerø og andre mot Norge gjaldt foreldres rett til at undervisning av barna skjer i overensstemmelse med deres religiøse og filosofiske overbevisning. Klagerne hadde fått avslag på søknader om fullstendig fritak for sine barn fra KRL-faget i den norske grunnskolen. De mente dette krenket foreldreretten, jf. TP1-2 andre setning. EMD kom i likhet med MRK til at foreldreretten her var krenket.²²⁷

3.9.3 Problemstilling

Spørsmålet domstolen måtte ta stilling til var om den begrensede retten til fritak fra KRL-faget krenket foreldrenes rett til at undervisning av barna deres skulle skje i samsvar med foreldrenes religiøse og filosofiske overbevisning.

3.9.4 Forholdet mellom EMDs drøftelse og uttalelsen fra MRK

Spørsmålet her er hvilken betydning MRKs løsning fikk for drøftelsen i EMD. På samme måte som i *Py mot Frankrike* ble det under gjennomgangen av sakens faktiske side inntatt et langt referat fra komiteens uttalelse.²²⁸ Uttalelsen var det store stridsspørsmålet i avgjørelsene om adgangen til å ta saken under behandling, og mindretallet på to dommere som ville avvise saken uttalte at domstolen måtte fatte sin avgjørelse ”aware of the Human Rights Committee's decision”.²²⁹ MRKs avgjørelse ble dermed et bakenforliggende moment for EMDs avgjørelse, i den forstand at domstolen måtte fatte sin avgjørelse i visshet om at det forelå en uttalelse fra MRK som gjaldt samme fakta.

Likevel nevnes ikke komiteens uttalelse i flertallets begrunnelse. Den eneste – og dermed også utslagsgivende – rettskildefaktoren flertallet bygde sin avgjørelse på, var domstolens

²²⁷ Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway* avsnittene 7-46 og 102.

²²⁸ Ibid. avsnitt 45.

²²⁹ Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway* separate opinion of judges Zupančič and Borrego Borrego.

egen praksis.²³⁰ Særlig spilte avgjørelsen i saken *Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark* en sentral rolle.²³¹ Prinsippene domstolen utledet fra egen praksis dannet grunnlaget for tolkningen av sakens omstendigheter, og førte til at flertallet fant at TP1-2 var krenket. Domstolen gir dermed ikke klart uttrykk for at den lar seg inspirere av komiteens praksis. Dette kan være uttrykk for at flertallet ønsket å markere uavhengighet eller avstand til MRK – eller ganske enkelt at flertallet fant felles plattform for begrunnelsen i egen praksis, uten nødvendigvis å være enige om betydningen av komiteens uttalelse.

Det fremstår som noe overraskende at flertallet ikke anfører MRKs uttalelse som støtte for sin konklusjon. Rettskildegrunnlaget de bygde på gav ikke noen utpreget klar løsning, noe som understrekes av den skarpe dissensen (9-8). Når rettskildegrunnlaget er såpass usikkert, kunne en henvisning til MRKs uttalelse som støtteargument styrke domstolens begrunnelse. På den annen side ville en henvisning til MRKs uttalelse kunne svekke flertallets enighet – med mindre samtlige dommere i flertallet var enige om hvilken betydning uttalelsen skulle gis.

Mindretallet – som kom til motsatt løsning av hva MRK hadde gjort – sa derimot litt om sitt forhold til komiteens uttalelse. De åtte dissenterende dommerne påpekte at saken for MRK hadde en videre ramme enn den for EMD, slik at deres konklusjoner ”should not be viewed as contradicting those reached by the UN Committee”.²³² Ved på denne måten å understreke at de ikke anser sin konklusjon for å stride med uttalelsen fra MRK, bestreber mindretallet seg å komme til en avgjørelse som er i harmoni med andre regler i folkeretten. Dette tyder på at mindretallet anså det ønskelig å komme til en konklusjon som er i harmoni med komiteens uttalelse, selv om man falt ned på motsatt resultat.

²³⁰ Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway* avsnitt 84.

²³¹ Judgment of 7 December 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*.

²³² Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway* joint dissenting opinion of judges Wildhaber, Lorenzen, Bîrsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyeve and Jebens.

3.9.5 Konklusjon

Både *Py mot Frankrike* og *Folgerø og andre mot Norge* viste at EMD regner uttalelser fra MRK som gjelder samme fakta som domstolen skal behandle med i det faktiske materialet de skal basere sin avgjørelse på. I motsetning til dommer der uttalelsene det henvises til gjelder andre fakta siteres ikke bare ett avsnitt fra uttalelsen, men store deler. Mens komiteens forutgående uttalelse i *Py*-dommen ble tillagt en viss vekt i domstolens begrunnelse, gir flertallet ikke noen eksplisitt henvisning til den forutgående uttalelsen i *Folgerø*-dommen.

3.10 Saadi mot Storbritannia:²³³ Artikkel 5 – Retten til frihet og sikkerhet

3.10.1 Kort om sakens faktum og utfall

Saadi var en irakisk kurder som i desember 2000 flyktet fra Den kurdiske autonome region i Irak. 30. desember samme år ankom han Heathrow flyplass i London, og søkte asyl i Storbritannia. Til å begynne med ble Saadi fra dag til dag innvilget midlertidig adgang til å oppholde seg i England mens søknaden ble behandlet, men i perioden 2. til 9. januar 2001 ble han internert i Oakington Reception Centre – et lukket mottakssenter for asylsøkere. I denne perioden fikk han dermed sin frihet etter artikkel 5 (1) innskrenket. Begrunnelsen for interneringen var at saken hans egnet seg for rask behandling, slik at han for å lette saksbehandlingen måtte være tilgjengelig til enhver tid.²³⁴

Klageren mente blant annet at interneringen krenket hans rettigheter etter artikkel 5 (1). *Saadi*-dommen var første gang EMD måtte ta stilling til betydningen av det første alternativet i artikkel 5 (1)(f) – unntaksbestemmelsen som hjemler inngrep i retten til frihet for å hindre at en person kommer inn i landet uten tillatelse. MRK hadde på sin side behandlet flere tilsvarende saker under SP artikkel 9 (1), som beskytter den korresponderende retten etter SP til frihet og sikkerhet. I motsetning til hva komiteen hadde

²³³ Judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom*.

²³⁴ Ibid. avsnittene 9-25.

gjort i sine saker, fant EMD at bestemmelsen om frihet og sikkerhet ikke var krenket, da slik internering falt inn under unntaksbestemmelsen.²³⁵

3.10.2 Problemstilling

Saken gjaldt spørsmålet om internering av asylsøkere under behandlingen av asylsøknaden som er begrunnet i administrativ hensiktsmessighet er å anse som en konvensjonsstridig innskrenkning i retten til frihet. Den rettslige problemstillingen domstolen måtte ta stilling til var hvorvidt en slik innskrenkning i retten til frihet er tillatt i medhold av unntaket i artikkel 5 (1)(f). Domstolen måtte følgelig tolke betydningen av ”lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country”, og det springende punkt ble hvorvidt interneringen måtte anses som vilkårlig.²³⁶

3.10.3 Flertallets votum

Under gjennomgangen av faktum viste domstolen til tre uttalelser fra MRK, navnlig *A. mot Australia*,²³⁷ *C. mot Australia*²³⁸ og *Celepi mot Sverige*.²³⁹ Klageren og tredjepartsintervenientene fremhevet at komiteen i disse sakene hadde stilt krav om nødvendighet og proporsjonalitet, og viste til dem som støtte for at interneringen her burde anses som vilkårlig.²⁴⁰ Flertallet av dommerne forankret imidlertid sin løsning i en fortolkning av ordlyden, samt domstolens egen praksis omkring bestemmelsens annet alternativ. Praksis som gjaldt annet alternativ i artikkel 5 (1)(f) oppstilte i motsetning til MRKs praksis knyttet til SP artikkel 9 (1) ikke krav om nødvendighet, og kravet om proporsjonalitet rettet seg bare mot interneringens varighet.²⁴¹ Saadi var internert i sju

²³⁵ Judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom* avsnitt 80.

²³⁶ Ibid. avsnitt 67 med videre henvisninger.

²³⁷ *A. v. Australia* (Communication No 560/1993), Views adopted 30 April 1997.

²³⁸ *C. v. Australia* (Communication No 900/1999), Views adopted 13 November 2002.

²³⁹ *Celepi v. Sweden* (Communication No. 456/1991), Views adopted 2 August 1994.

²⁴⁰ Judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom* avsnittene 52, 57 og 59.

²⁴¹ Ibid. avsnitt 72 med videre henvisninger.

dager, noe som ble ansett å ligge innenfor den tillatte varighetens rammer. Tiltaket ble dermed ikke ansett for å være uproporsjonalt, og domstolen kom derfor til det motsatte resultatet av det komiteen gjorde.

Flertallet gav imidlertid ingen henvisning til MRKs uttalelser i sine premisser, og sa dermed ikke noe eksplisitt om hvilken betydning uttalelsene fikk for domstolens drøftelse. Dette virker noe overraskende, da man for eksempel kunne ha fremhevet forskjellene i sakenes faktum som begrunnelse for ikke å legge vekt på de anførte uttalelsene. Blant annet var det betydelige forskjeller i interneringens varighet i de respektive sakene. Mens det i Saadis tilfelle var snakk om syv dager, ble klagerne i *A. mot Australia* og *C. mot Australia* internert i henholdsvis tre år og 204 dager²⁴² og drøye to år.²⁴³ Komiteen la stor vekt på tidsmomentet, da det avgjørende prinsipp i begge sakene ble formulert som at "detention should not continue beyond the period for which the State can provide appropriate justification".²⁴⁴ Tidsaspektets avgjørende betydning ble understreket ved at komiteen i den første saken formulerte problemstillingen som skulle tas stilling til som hvorvidt "the prolonged detention of the author" [min kursivering] var vilkårlig,²⁴⁵ i tillegg til å legge til grunn at "there is no basis for the author's claim that it is per se arbitrary to detain individuals requesting asylum".²⁴⁶ Dette tyder på at selv ut fra kriteriene komiteen hadde anvendt i sin praksis kunne utfallet her blitt at interneringen ikke krenket retten til frihet og sikkerhet. For eksempel kom komiteen i saken *Bakhtiyari mot Australia*²⁴⁷ til at to måneders internering ikke krenket bestemmelsene i SP.²⁴⁸ Det ville med andre ord være mulig å begrunne hvorfor man mente løsningene i den anførte praksisen fra MRK ikke kunne få gjennomslag med forskjellene i tidsaspektet, men flertallet er taus omkring

²⁴² *A. v. Australia* (Communication No 560/1993), Views adopted 30 April 1997 avsnitt 3.4.

²⁴³ *C. v. Australia* (Communication No 900/1999), Views adopted 13 November 2002 avsnitt 3.1.

²⁴⁴ *A. v. Australia* (Communication No 560/1993), Views adopted 30 April 1997 avsnitt 9.4 og *C. v. Australia* (Communication No 900/1999), Views adopted 13 November 2002 avsnitt 8.2.

²⁴⁵ *A. v. Australia* (Communication No 560/1993), Views adopted 30 April 1997 avsnitt 9.1.

²⁴⁶ Ibid. avsnitt 9.3.

²⁴⁷ *Bakhtiyari v. Australia* (Communication No 1069/2002), Views adopted 6 November 2003.

²⁴⁸ Ibid. avsnitt 9.2.

hvorfor komiteens løsning ikke ble fulgt. Unnlatelsen av å si noe om betydningen komiteens praksis ble ansett å ha, gir nok en indikasjon på et EMD ikke føler seg særlig forpliktet til å komme til samme løsninger som MRK.

All den tid komiteens praksis blir referert under sakens faktum, kan det ikke være tvilsomt at den anses som en relevant rettskildefaktor. Når flertallet likevel faller ned på motsatt løsning av den komiteens uttalelser trakk i retning av, må dette innebære at uttalelsene ikke ble ansett å ha tilstrekkelig vekt. Både klageren og tredjepartsintervenientene anførte at tilsvarende prinsipper som de komiteen anvendte i tolkningen av SP artikkel 9 (1) også burde legges til grunn for tolkningen av EMK artikkel 5 (1). Det må da ha vært et bevisst valg ikke å la MRKs løsning tjene som mal, selv om flertallet ikke sier noe om hvordan det forholder seg til komiteens uttalelser. Rettskildefaktoren som ble utslagsgivende for flertallet var domstolens praksis omkring unntakets annet alternativ – og må følgelig ha blitt ansett som viktigere enn MRKs praksis. I den grad komiteens uttalelser ble tatt i betraktning av flertallet, hadde de ikke tilstrekkelig vekt til å få innvirkning på utfallet av domstolens drøftelse.

Dommen kan være et eksempel på at ønsket om å være i harmoni med andre regler i folkeretten har en naturlig begrensning ved seg, da det ”cannot resolve genuine conflicts”.²⁴⁹ Når det foreligger en genuin konflikt mellom bestemmelser i EMK og SP – det vil si mellom henholdsvis EMD og MRKs tolkninger av konvensjonenes bestemmelser – legger EMD i liten grad vekt på komiteens praksis. Her trakk flertallets tolkning av konvensjonen i motsatt retning av MRKs praksis, og dermed ble komiteens praksis tillagt liten eller ingen vekt.

²⁴⁹ A/CN.4/L.682, 13 April 2006, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission avsnitt 42, med videre henvisning til *Borgen Resolving Treaty Conflicts* 37 George Washington International Law Review (2005) s. 573-648 på s. 605-606.

3.10.4 Mindretallets votum

Mindretallet på seks dommere kom til at artikkel 5 (1) var krenket. I dissensen ble det fremhevet at konvensjonen ikke opererer i et vakuum, men sammen med andre instrumenter som beskytter fundamentale rettigheter. Følgelig ble hensynet til harmoni med andre regler i folkeretten fremhevet. Mindretallet mente spørsmålet måtte avgjøres på bakgrunn av prinsippene om nødvendighet og proporsjonalitet – som komiteen hadde lagt til grunn for sine avgjørelser. Videre ble ytterligere to uttalelser fra MRK, *Van Alphen mot Nederland*²⁵⁰ og *Bakhtiyari mot Australia*,²⁵¹ vist til som støtte for at artikkel 5 (1) her var krenket.²⁵²

I *Van Alphen mot Nederland* la komiteen til grunn at nederlandske myndigheter hadde fulgt de internrettslige prosedyrereglene for bruk av varetektsfengsling, men at det i tillegg måtte vurderes hvorvidt andre faktorer kunne gjøre en ellers lovlig anholdelse vilkårlig.²⁵³

Komiteen fant at kravet til nødvendighet ikke var oppfylt, da anholdelsens varighet var begrunnet med ”reasons of accessibility”.²⁵⁴ Som i *Saadi*-saken retter denne begrunnelsen seg mot en form for administrativ hensiktsmessighet. Mindretallet i *Saadi*-dommen viste derfor til *Van Alphen mot Nederland* som støtte for at prosessøkonomiske hensyn som administrativ hensiktsmessighet ikke var tilstrekkelig til å begrunne internering, og uttalte videre at ”[t]he crux of the matter here is whether it is permissible today for the European Convention on Human Rights to provide a lower level of protection than that which is recognised and accepted in the other organisations”.²⁵⁵ Det siktes her til at når komiteen anser SP artikkel 9 (1) krenket der klageren ble internert av hensyn til administrativ

²⁵⁰ *Van Alphen v. The Netherlands* (Communication No 305/1988), Views adopted 15 August 1990.

²⁵¹ *Bakhtiyari v. Australia* (Communication No 1069/2002), Views adopted 6 November 2003.

²⁵² Judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeve, Spielmann and Hirvelä.

²⁵³ *Van Alphen v. The Netherlands* (Communication No 305/1988), Views adopted 15 August 1990 avsnitt 5.6.

²⁵⁴ Ibid. avsnitt 5.8.

²⁵⁵ Judgment of 29 January 2008, *Saadi v. the United Kingdom*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeve, Spielmann and Hirvelä.

hensiktsmessighet, bør også EMK artikkel 5 (1) gi tilsvarende beskyttelse. Mindretallets votum gir med dette et sterkt uttrykk for en hensikt om å tillegge praksis fra MRK betydelig vekt. En viktig forskjell mellom flertallets og mindretallets votum blir dermed at mindretallet anså komiteens praksis som en viktigere rettskildefaktor enn flertallet gjorde.

3.10.5 Konklusjon

På området for artikkel 5 spiller praksis fra MRK en betydelig rolle i den forstand at det foreligger mange uttalelser fra komiteen som berører spørsmål domstolen sjelden har måttet ta stilling til. Følgelig vil anledningen til å la komiteens løsninger tjene som mal for drøftelsen i EMD kunne oppstå oftere her enn under andre rettigheter. I *Saadi*-dommen la imidlertid flertallet andre kriterier til grunn for vurderingen av interneringens vilkårlighet enn det komiteen hadde gjort i sine saker, og kom også til motsatt løsning. MRKs praksis omkring disse spørsmålene ble følgelig ikke førende for domstolens løsning. Komiteen og domstolen anlegger forskjellige tolkninger, med det resultat at EMK artikkel 5 (1) har et noe annet innhold enn SP artikkel 9 (1). Gjeldende rett under EMK må sies å være at det etter artikkel 5 (1)(f) ikke stilles som krav at interneringen må være nødvendig, og at kravet om proporsjonalitet kun retter seg mot interneringens varighet. Mindretallets oppfordring til å la MRKs løsninger få gjennomslag blir etter dette kun et normativt innspill, og ikke et uttrykk for gjeldende rett.

4 Blir MRKs uttalelser førende for EMDs avgjørelser?

FNs Menneskerettighetskomité trådte i virksomhet i 1977, og siden den gang har EMD og MRK eksistert side ved side. På denne måten er individenes sivile og politiske rettigheter i Europa gitt dobbel beskyttelse. Organene har gjennom disse drøye 30 årene hver for seg utviklet praksis innenfor de samme typer rettigheter. Spørsmålet her er om det i dommene som er analysert i kapittel 3 ovenfor kan spores en tendens til at MRKs uttalelser blir førende for EMDs tolkninger av de tilsvarende rettigheter.

4.1 Generelt

Analysen i kapittel 3 har vist at tilfeller der MRKs praksis får innvirkning på EMDs materielle drøftelse ikke forekommer ofte. EMD henviser bare i 30 saker blant sine drøyt 10 000 avsagte dommer til uttalelser fra MRK.²⁵⁶ Av de ni utvalgte dommene som er analysert inngående, blir komiteens praksis bare i fem tilfeller i større eller mindre grad anført i domstolens begrunnelse. Sett i forhold til det totale antall saker domstolen behandler, får uttalelser fra MRK betydning for EMDs drøftelse i forsvinnende få tilfeller. Dette begrensede antallet avgjørelser gjør det også vanskelig å trekke klare konklusjoner om hvilken betydning MRKs uttalelser får. I tillegg har det vært dissens i mange av sakene, og dommerne virker generelt forsiktige med å gi eksplisitt uttrykk for at de legger noe særlig vekt på komiteens praksis.

Betydningen uttalelsene får deles nedenfor systematisk inn i ”liten eller ingen betydning”,²⁵⁷ ”betydning som støtteargument”²⁵⁸ og ”betydning som hovedargument”.²⁵⁹

²⁵⁶ Se avsnitt 3.1.

²⁵⁷ Se avsnitt 4.3.1.

²⁵⁸ Se avsnitt 4.3.2.

Det kan imidlertid ikke trekkes klare grenser mellom disse kategoriene. Kategoriene brukes bare som et pedagogisk hjelpemiddel for å indikere hvor sentral komiteens praksis var i domstolens begrunnelse.

Tilfellene der komiteens uttalelser får betydning for tolkningen av EMK dekker svært forskjellige situasjoner. Komiteens uttalelser har fått betydning både for prosessuelle problemstillinger som jurisdiksjon og midlertidige tiltak, og materielle problemstillinger som retten til frie valg, retten til liv og bevegelsesfrihet. Det klare flertallet av tilfeller hvor domstolen henviser til praksis fra MRK dreier seg om materielle problemstillinger – likevel handlet to av de tre tilfellene der komiteens uttalelser fikk betydning som hovedargument om prosessuelle problemstillinger. Analysen kan ikke sies å ha gitt noe klart inntrykk av om komiteens praksis får større betydning i forhold til den ene typen problemstillinger enn den andre.

4.2 Relevans

Analysen av EMDs praksis har vist at domstolen legger relevansen av MRKs uttalelser til grunn uten noen nærmere drøftelse. Bare i to av dommene, *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* og *Saadi mot Storbritannia*, nevnes VCLT artikkel 31 (3)(c) i denne forbindelse. I *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* la domstolen til grunn at bestemmelsen innebar at statenes ansvar måtte bestemmes ”in accordance with the principles of international law governing this sphere”, mens den i *Saadi mot Storbritannia* uttalte at ”[t]he Court must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties”. Ut over slike generelle henvisninger til artikkel 31 (3)(c) foretar domstolen heller ikke i disse dommene noen drøftelse av om komiteens praksis faller inn under bestemmelsen.

Ikke i noen av dommene henvises det til ICJ statuttene artikkel 38 (1)(d) som begrunnelse for at komiteens uttalelser er en relevant rettskildefaktor. Noe av årsaken til domstolens

²⁵⁹ Se avsnitt 4.3.3.

tilbakeholdenhet her kan nok forklares med usikkerheten omkring komiteens uttalelser skal regnes som rettsavgjørelser i bestemmelsens forstand.²⁶⁰ Komiteens status som et mer politisk organ heller enn en domstol gjør det tvilsomt om uttalelsene passer inn under artikkel 38 (1)(d), eller om de eventuelt faller under bokstav (b) i den samme bestemmelsen. Også dette kan ha betydning for EMDs villighet til å synliggjøre at man legger vekt på MRKs praksis. Uansett får ikke ICJ statuttene direkte anvendelse for EMD – det ville det i tilfelle være reglene de kodifiserer som får. Dermed ville det i alle tilfelle neppe være aktuelt for EMD å innta noen direkte henvisning til artikkel 38 som begrunnelse for å anse praksis fra MRK som en relevant rettskildefaktor.

EMD har imidlertid stilt seg relativt fritt i forhold til disse bestemmelsene, og har som vi har sett i kapittel 3 ved flere anledninger trukket inn uttalelser fra MRK i sine drøftelser. Det må da legges til grunn at etter den metode domstolen anvender, regnes komiteens uttalelser for å utgjøre en relevant rettskildefaktor som skal tas i betraktning i tolkningen av EMK. Hvilken betydning komiteens praksis får i den enkelte sak vil dermed avhenge av vekten den tillegges.

4.3 Vekt

Spørsmålet her er hvilken vekt uttalelser fra MRK blir tillagt av EMD. Mens relevansen av komiteens uttalelser som rettskildefaktor har blitt slått fast av EMD i en rekke dommer,²⁶¹ vil vekten domstolen tillegger uttalelsene variere fra sak til sak. Gjennom analysen av domstolens praksis skal det her pekes på graden av innflytelse komiteens uttalelser har fått på domstolens drøftelser.

²⁶⁰ Se avsnitt 2.1.

²⁶¹ Se for eksempel dommene analysert ovenfor i punktene 3.2 til 3.10.

4.3.1 Tilfeller der MRKs uttalelser får liten eller ingen betydning

I noen tilfeller blir komiteens uttalelser tillagt bare begrenset eller ingen vekt av EMD. Dette var tilfelle i *Kurt mot Tyrkia*, *Öcalan mot Tyrkia* (når det gjaldt spørsmålet om avsigelse av dødsdom), *Folgerø og andre mot Norge* og *Saadi mot Storbritannia*. I alle disse sakene ble domstolens begrunnelse forankret i andre rettskildefaktorer enn MRKs praksis, til tross for at det forelå relevante uttalelser fra komiteen innenfor de problemstillinger domstolen drøftet.

Kurt mot Tyrkia (for så vidt gjaldt spørsmålet om artiklene 2 og 3 var krenket i forhold til den forsvunne) og *Öcalan mot Tyrkia* (for så vidt gjaldt spørsmålet om artikkel 2 var krenket ved avsigelsen av dødsdommen) stilte domstolen overfor noe spesielle problemstillinger. I begge disse tilfellene var det særlige omstendigheter i sakenes faktum som gjorde at EMD ikke fant grunn til å legge vekt på komiteens uttalelser. I *Kurt*-dommen fant domstolen det ikke bevist at den forsvunne hadde blitt drept eller utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Fraværet av bevis var årsaken til at domstolen falt ned på en annen løsning enn komiteen – og ikke at komiteens uttalelser ble tillagt mindre vekt enn andre, motstridende rettskildefaktorer.

Tilsvarende var det i *Öcalan*-dommen Tyrkias avskaffelse av dødsstraff i fredstid med påfølgende omgjøring av Öcalans dom fra dødsdom til livsvarig fengsel som var årsaken bak distinksjonen mellom avsigelse og realisering av dødsstraff. Den uvanlige omstendighet at Öcalan først ble idømt en dødsstraff som det senere ble klart at aldri ville bli realisert, innebar at domstolen ikke fant det naturlig å vurdere forholdet opp mot retten til liv. I tillegg er Europarådet i en spesiell situasjon da alle medlemsstatene har forpliktet seg til tilleggsprotokoll 6, og forbudt dødsstraff i fredstid. Tilsvarende forbud foreligger ikke i alle statene som er medlemmer til SP.

Disse to dommene viser at et minimumsvilkår for at komiteens løsninger skal kunne tjene som mal for EMD er at de faktiske omstendigheter er jevnførbare. Hvis saken domstolen skal behandle har særegenheter ved seg som svekker overføringsverdien fra komiteens

løsning, viker EMD tilbake for å legge vekt på komiteens praksis – i hvert fall så lenge domstolen finner tilstrekkelig begrunnelse i andre faktorer. Selv om komiteen har gitt en uttalelse som angår tolkningen av tilsvarende rettighet, blir ikke denne tillagt vekt av EMD dersom særegenheter i sakens faktum nødvendiggjør en annen tilnærming til problemstillingen.

I *Kurt mot Tyrkia* (hva gjelder spørsmålet om krenkelser mot den forsvunnes nærmeste pårørende), *Folgerø og andre mot Norge* og *Saadi mot Storbritannia* fant domstolen tilstrekkelig grunnlag for løsningen i egen praksis. I de to førstnevnte tilfellene kom EMD til samme konklusjon som MRK – slik at uttalelsene kunne ha tjent som støtteargument – uten at domstolen inntok henvisning til dem. EMDs behandling av komiteens praksis fremstår i slike tilfeller mer som en opplysning om at man er klar over uttalelsen som foreligger, men at man likevel ikke legger noe mer vekt på den i begrunnelsen. Dette må sees i sammenheng med at domstolen ikke er formelt bundet til å følge MRKs løsninger.²⁶² Når domstolen ikke plikter å legge vekt på komiteens uttalelser, er det heller ikke nødvendig å gjøre det der den finner løsningen i de rettskildefaktorer den formelt plikter å ta i betraktning.

Dette viser at der domstolen finner tilstrekkelig begrunnelse for løsningen i sin egen praksis, vil komiteens uttalelser bli tillagt liten eller ingen vekt. Det samme gjelder der komiteens praksis taler mot den løsning EMD faller ned på. I *Saadi*-dommen kom EMD til motsatt løsning av MRK, slik at komiteens uttalelse ikke ble tillagt tilstrekkelig vekt til å gi seg utslag på utfallet av domstolens drøftelse. Også her fant domstolen løsningen i egen praksis, og inntok derfor ingen henvisning til komiteens praksis i sin begrunnelse. Holdt opp mot domstolens egen praksis, blir ikke komiteens uttalelser tillagt tilstrekkelig vekt til å få innflytelse på domstolens drøftelse.

²⁶² Se avsnitt 2.2.3.

4.3.2 Tilfeller der MRKs uttalelser får betydning som støtteargument

I andre tilfeller blir komiteens uttalelser tillagt en viss vekt ved at de tjener som støtteargument. Både i *Py mot Frankrike* og *Riener mot Bulgaria* ble uttalelser fra komiteen vist til som støtte for domstolens begrunnelse. Felles for disse sakene er at domstolen bygde sin løsning på EMKs ordlyd og konvensjonsorganenes praksis omkring denne – men at disse faktorene ikke gav noen klar løsning. MRKs praksis ble derfor anført som støtteargument, og gav med det domstolens konklusjon sterkere forankring.

I *Py mot Frankrike* var det artikkel 56 som ble brukt som hovedargumentet i domstolens begrunnelse, og således ble utslagsgivende for domstolens tolkning. EMD viste til at selv om restriksjonen i stemmeretten framstod som uproporsjonal, talte artikkel 56 for at det i anvendelsen av TP1-3 her måtte tas hensyn til de lokale forholds krav.

Konvensjonsorganenes praksis omkring artikkel 56 ble imidlertid funnet å ha betydelige forskjeller ved seg i forhold til faktum i *Py*-saken, slik at rettskildefaktorene som har sitt opphav innenfor systemet under Europarådet ikke gav noen tydelig løsning på problemstillingen. MRKs uttalelse talte derimot klart for å ta hensyn til de særegne omstendigheter og lokale krav i dette tilfellet, og gav dermed domstolen sikrere forankring for sin løsning. Mens det var tolkningen av artikkel 56 som ble avgjørende for utfallet, gav komiteens uttalelse støtte for dette tolkningsalternativet.

Tilsvarende var det i *Riener mot Bulgaria* domstolens egen praksis som ble utslagsgivende for domstolens konklusjon. Hovedargumentet i begrunnelsen er domstolens avgjørelser i sakene *Luordo mot Italia* og *İletmiş mot Tyrkia*, men disse gav ikke noe sikkert grunnlag for avgjørelse av denne saken, da de dreide seg om utreiseforbud som hadde vart vesentlig lenger. Komiteens praksis talte for å gi doktrinen fra domstolens tidligere avgjørelser anvendelse også her, og ble anført som støtteargument. På denne måten bidro komiteens uttalelse til å styrke domstolens begrunnelse.

Disse to dommene tyder på at konvensjonens ordlyd og domstolens praksis omkring denne normalt anses som de viktigste rettskildefaktorene, og dermed normalt vil utgjøre

hovedargumentene i domstolens begrunnelser. EMD har i disse dommene strukket seg relativt langt for å finne løsningen i ordlyden og egen praksis. Selv der disse faktorene ikke gir noen klar løsning, blir begrunnelsen for domstolens løsning i all hovedsak forankret i dem. I slike tilfeller spiller komiteens uttalelser en mer tilbaketrukket rolle som støtteargument.

4.3.3 Tilfeller der MRKs uttalelser får betydning som hovedargument

I noen tilfeller blir komiteens uttalelser tillagt så mye vekt at de utgjør en del av det rettskildemateriale som blir avgjørende for domstolens drøftelse. Komiteens uttalelser fikk betydning som hovedargument i domstolens begrunnelse både i *Issa og andre mot Tyrkia*, *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* og *Öcalan mot Tyrkia* – sistnevnte når det gjelder realisering av dødsdom. Felles for alle disse dommene er for det første at det ikke foreligger praksis fra domstolen selv omkring det aktuelle spørsmålet, og for det andre at MRKs praksis ikke er den eneste rettskildefaktoren domstolen bygger sin begrunnelse på. I tillegg til disse dommene viste mindretallet i *Fretté mot Frankrike* vilje til å la komiteens praksis tjene som hovedargument. Saken skiller seg fra de tre andre ved at komiteens uttalelse i tilfelle ville vært den eneste rettskildefaktoren domstolen støttet sin begrunnelse på.

I *Issa og andre mot Tyrkia* talte MRKs praksis for at individer som befinner seg utenfor en stats territorium, men likevel under statens representanters autoritet, faller under statens jurisdiksjon, slik begrepet skal forstås i artikkel 1. Selv om domstolen på grunn av manglende bevis i denne konkrete saken kom til at de aktuelle individene ikke lå under Tyrkias jurisdiksjon, ble den samme tolkningen av rettsregelen som MRK hadde forfektet lagt til grunn. Denne løsningen lar seg ikke utlede direkte av ordlyden i bestemmelsen, og komiteens praksis spilte en avgjørende rolle for domstolens tolkning. Komiteens praksis var imidlertid ikke den eneste rettskildefaktoren som trakk i retning av denne løsningen – det gjorde også avvisningsavgjørelser fra den tidligere kommisjonen og praksis fra Den interamerikanske menneskerettighetskommisjonen. Komiteens uttalelser var dermed en av

flere rettskildefaktorer som til sammen utgjorde hovedargumentet i domstolens begrunnelse.

Tilsvarende trakk MRKs praksis i retning av den tolkningen EMD falt ned på i *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*. Her bygde domstolen sin avgjørelse også på praksis fra ICJ, Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen og FNs Torturkomité, som alle trakk i samme retning. Heller ikke i denne saken gav konvensjonsteksten umiddelbart noen løsning, og domstolen hadde ikke selv utviklet noen praksis på området. På samme måte som i *Issa og andre mot Tyrkia* utgjorde komiteens uttalelser en av flere rettskildefaktorer som sammen dannet begrunnelsens hovedargument.

Også for spørsmålet om realisering av dødsdom i *Öcalan mot Tyrkia* falt domstolen ned på samme løsning som MRK hadde lagt til grunn i sine uttalelser. Igjen medførte fraværet av egen praksis på den aktuelle problemstillingen til at komiteens praksis sammen med andre rettskildefaktorer ble trukket inn i begrunnelsen. I dette tilfellet ble også en resolusjon fra ECOSOC og praksis fra Den interamerikanske menneskerettighetsdomstolen lagt vekt på, slik at komiteens praksis også i denne dommen var en av flere rettskildefaktorer som til sammen utgjorde hovedargumentet i domstolens begrunnelse. Domstolens drøftelse av realisering av dødsdom ble riktignok fremsatt som et *obiter dictum*, men er likevel grundig i sin gjennomgang av de relevante rettskildefaktorer. Jeg vil anta at domstolen ville ha kommet til samme konklusjon også dersom den måtte ha tatt stilling til spørsmålet for å avgjøre saken, og at *obiter dictumet* følgelig er uttrykk for gjeldende rett.

Felles for alle disse sakene er at domstolen selv ikke hadde behandlet den aktuelle problemstillingen tidligere. I *Issa og andre mot Tyrkia* forelå det riktignok to avvisningsavgjørelser fra kommisjonen, men domstolen selv hadde aldri tatt stilling til det aktuelle spørsmålet. Vi så under avsnitt 4.3.2 ovenfor at der det foreligger praksis fra domstolen, vil denne anses så viktig at den spiller rollen som hovedargument, mens MRKs praksis da brukes som støtteargument. Når domstolens egen praksis ikke er blant de rettskildefaktorer som gjør seg gjeldende vil komiteens praksis få større relativ vekt, og i

Issa og andre mot Tyrkia, Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia og Öcalan mot Tyrkia ble komiteens uttalelser tillagt nok vekt til å tjene som hovedargument.

Derimot er ikke komiteens praksis i noen av disse sakene den eneste rettskildefaktoren EMD støtter sin begrunnelse på. Domstolen trekker inn også andre rettskildefaktorer som har sitt opphav utenfor systemet under Europarådet i begrunnelsen i alle disse sakene. Dermed blir komiteens praksis aldri alene den faktor som blir avgjørende for domstolens konklusjon. Komiteens uttalelser virker i disse sakene sammen med andre rettskildefaktorer som trekker i samme retning, og som til sammen utgjør begrunnelsens hovedargument. Dette kan tyde på at MRKs praksis alene ikke vil ha tilstrekkelig vekt til å bli førende for domstolens drøftelse, slik at den bare der også andre rettskildefaktorer trekker i samme retning vil kunne utgjøre hovedargumentet i domstolens begrunnelse.

Alternativt kan det bety at komiteens praksis snarere brukes som bevis for en internasjonal sedvane. I *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* viste domstolen til praksis fra en rekke internasjonale organer, og uttalte at ”it can be said that, whatever the legal system in question, the proper administration of justice requires that no irreparable action be taken while proceedings are pending”.²⁶³ EMD pekte her på en allmenn utvikling innenfor folkeretten,²⁶⁴ men sa ikke noe eksplisitt om hvorvidt det dreide seg om en sedvane eller ikke. Dommen kan tjene som eksempel på at ”[t]he multiple jurisdictions charged with the enforcement of international norms are successfully harmonizing and evolving their treatment of interim measures. International norms must be interpreted consistently, and procedures must be applied in a similar manner by the various enforcement bodies. Inter-system harmonization may come about when enforcement bodies, although under no obligation to do so, choose to apply the reasoning or holdings of other international bodies or to emulate the practice of other systems. An excellent example is set forth in

²⁶³ Judgment of 4 February 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* avsnitt 124.

²⁶⁴ Kravik *Torturkomiteens anmodninger om midlertidig beskyttelse og deres gjennomslagskraft i norsk rett* i Lov og Rett 2008 s. 102-119 på s. 113.

Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey”.²⁶⁵ Sitatet viser riktignok til kammerets avgjørelse, men storkammeret kom senere til samme løsning.

Selv om komiteens uttalelser her kan ha blitt brukt som bevis for internasjonal sedvane, betyr ikke det at dette er den eneste måten uttalelsene kan få betydning for EMDs drøftelse på. Komiteens praksis vil også som selvstendig argument kunne falle under artikkel 38 i ICJ statuttene – som er uttrykk for folkerettslig sedvanerett. Ikke-bindende avgjørelser fra internasjonale organisasjoner ”are taken into consideration by the Court not only in the framework of the crystallization process of customary rules or for the interpretation of treaty law but, if necessary, they can also have a more direct and autonomous role in the search for legal answers to legal questions”.²⁶⁶ Dette innebærer at der det mangler andre rettskildefaktorer, vil komiteens uttalelser kunne få betydning som selvstendig argument. Dette ser man eksempel på i dommene der komiteens praksis fikk betydning som støtteargument. I motsetning til hva som var tilfellet i sakene der MRKs uttalelser brukes som ledd i hovedargumentet, trakk ikke domstolen inn en rekke andre internasjonale rettskildefaktorer i disse sakene.²⁶⁷ Dermed virket uttalelsene her ikke i samspill med andre internasjonale faktorer som trakk i samme retning, og de kan da vanskelig sies å ha tjent som bevis for internasjonal sedvane i disse sakene. Det kan derfor neppe utelukkes at MRKs praksis også i tilfeller der den får betydning som hovedargument i domstolens begrunnelse kan tjene som selvstendig argument for en gitt løsning – om enn den alene ikke vil tillegges tilstrekkelig vekt til å bli utslagsgivende for domstolens materielle drøftelse.

Det blir i denne sammenhengen en smakssak om man anser summen av de avgjørende rettskildefaktorene i *Issa og andre mot Tyrkia* og *Öcalan mot Tyrkia* for å utgjøre en internasjonal sedvane, eller om de virker som selvstendige argumenter hver for seg. I alle

²⁶⁵ Pasqualucci *Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization* i 38 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1 2005 s. 1-49 på s. 4.

²⁶⁶ Zimmermann *The Statute of the International Court of Justice: a commentary* (2006) s. 714.

²⁶⁷ Se avsnitt 4.3.2.

tilfelle er det ikke overraskende at de to organene kommer til samme løsninger i slike tilfeller. Når det foreligger så mange internasjonale rettskildefaktorer som er relevante for tolkningen av en gitt rettighet, blir rettskildematerialet organene må bygge sine avgjørelser på stort sett det samme. Dette gjelder uavhengig av om rettskildefaktorene til sammen utgjør bevis for en folkerettslig sedvane, eller hver for seg tjener som selvstendige argumenter. Dersom organene vektlegger de forskjellige faktorene på noenlunde samme måte, er det ikke rart om løsningene deres blir sammenfallende.

Fretté mot Frankrike skiller seg på to punkter fra de tre sakene mot Tyrkia. For det første var det mindretallet som ville bygge på komiteens praksis, slik at praksisen i alle tilfelle ikke fikk innflytelse på utfallet av denne saken. Mindretallet oppstilte i tillegg to alternative begrunnelser på dette punktet, og tok ikke stilling til hvem av dem som ble avgjørende her. Det er dermed ikke gitt at komiteens uttalelse var et nødvendig ledd for mindretallets begrunnelse heller, men de dissenterende dommerne viste likevel vilje til å tillegge MRKs praksis betydning som hovedargument.

For det andre ville komiteens praksis i motsetning til i de tre andre dommene ha vært den eneste rettskildefaktoren domstolen bygde den aktuelle delen av begrunnelsen på. Uttalelsen ville da ha blitt tillagt nok vekt til alene å kunne tjene som hovedargument i domstolens begrunnelse – noe den ikke har gjort i andre saker. Mindretallet ser her ut til å tillegge komiteens praksis mer vekt enn hva domstolen tradisjonelt har gjort.

4.3.4 Sammenfatning: Vekten MRKs uttalelser tillegges av EMD

Analysen av EMDs praksis har vist at uttalelser fra MRK tillegges liten eller ingen vekt dersom domstolen har utviklet en egen praksis innenfor det aktuelle spørsmålet. Komiteens uttalelser trekkes ikke inn i begrunnelsen der det foreligger praksis fra EMD. Selv der EMDs praksis ikke gir noen klar løsning, vil den utgjøre hovedargumentet i domstolens begrunnelse. I slike tilfeller vil komiteens praksis imidlertid kunne tjene som støtteargument.

I de tilfellene der EMD tillegger uttalelser fra MRK vekt i begrunnelsen, er komiteens praksis aldri den eneste rettskildefaktoren som trekker i retning av den løsningen domstolen faller ned på. Andre internasjonale rettskildefaktorer som trekker i samme retning som komiteens praksis trekkes også inn i begrunnelsen. Dette kan bety ett av to: Enten betyr det at komiteens praksis anses for ikke å ha tilstrekkelig vekt til alene å kunne bli avgjørende for dommens utfall. I tilfelle blir ikke MRKs praksis tillagt stor nok vekt til alene å kunne begrunne utfallet av EMDs drøftelse – selv ikke der det ikke foreligger praksis fra domstolen, og den relative vekten av komiteens uttalelser følgelig øker. Alternativt kan det bety at komiteens praksis heller brukes som ledd i bevis for en internasjonal sedvane. Komiteens praksis tjener i tilfelle ikke som selvstendig begrunnelse for at EMD bør falle ned på den ene eller den andre løsning, men snarere som ett blant flere forhold som til sammen må sies å utgjøre en sedvane. I alle tilfelle har komiteens praksis alene så langt aldri blitt avgjørende for domstolens drøftelse.

4.4 Typetilfeller der uttalelser fra MRK får innflytelse på EMDs materielle drøftelse

Situasjonene der EMD trekker uttalelser fra MRK inn i begrunnelsen virker å oppstå i to typetilfeller. For det første legger domstolen vekt på uttalelser fra MRK i situasjoner der EMK-retten virker å ha kommet i utakt med omverdenen, eller domstolen av forskjellige grunner endrer egen praksis. Eksempler på dette finnes i *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* og *Issa og andre mot Tyrkia*. I slike tilfeller er hensynet til harmoni særlig viktig i avveiningen av hvilken vekt komiteens praksis skal tillegges.

For det andre legger EMD vekt på komiteens praksis i situasjoner der det ikke finnes interne rettskildefaktorer som gir anvisning på noen klar løsning, og domstolen følgelig har få faktorer å bygge avgjørelsen på. Når domstolen befinner seg i en slik rettskildekriser, vil det være mer aktuelt å henvise til komiteens løsninger. Både i *Öcalan mot Tyrkia* (når det gjelder realisering av dødsdom), *Riener mot Bulgaria* og *Py mot Frankrike* hadde EMD få interne rettskildefaktorer å støtte sin begrunnelse på, og henviste derfor til praksis fra MRK. Dette betyr likevel ikke at domstolen alltid vil falle ned på samme løsning som

komiteen der det er få interne faktorer som gjør seg gjeldende. Både i *Kurt mot Tyrkia* (for så vidt gjelder forholdet til den forsvunne) og *Saadi mot Storbritannia* kom EMD til motsatt løsning av komiteen. Avgjørende for hvilken vekt man skal legge på uttalelser fra komiteen i slike tilfeller vil som ellers være en avveining der hensyn som effektivitetsprinsippet, statlig skjønnsmargin etc. spiller inn.²⁶⁸

4.5 Utviklingstendens

Selv om de to systemene har eksistert side ved side siden 1977, finnes det fra den første tiden av sameksistensen ingen referanser i dommer fra EMD til uttalelser fra MRK. Et klart flertall av sakene der uttalelser fra MRK har blitt trukket inn i domstolens drøftelse har blitt avsagt etter årtusenskiftet. Spørsmålet her er om dette tyder på en utvikling i domstolens tilbøyelighet til å legge vekt på komiteens uttalelser.

*Pauger mot Østerrike*²⁶⁹ fra 1997 viste at situasjoner der en forutgående uttalelse fra MRK kan tenkes å øve innflytelse på EMDs drøftelse vil kunne oppstå. Klageren fikk her fremmet saken til realitetsbehandling i begge organer, da han klagde over forskjellige aspekter ved forholdet i de to klagene. All den tid sakene i de to organene gjaldt to helt forskjellige rettigheter, nemlig diskriminering for MRK og rettfærdig rettergang for EMD, ville overføringsverdien fra komiteens uttalelse til domstolens drøftelse vil være meget begrenset, om i det hele tatt noen. Domstolen viste derfor bare til MRKs uttalelse i forbindelse med spørsmålet om saken måtte avvises.²⁷⁰ Selv om komiteens uttalelse ikke fikk noen betydning for domstolens drøftelse i denne dommen, viste saken at EMD i enkelte situasjoner må forholde seg til forutgående uttalelser fra MRK. Den kan dermed ha bidratt til å gjøre domstolen mer oppmerksom på at det foreligger relevant praksis fra MRK, og på den måten bidratt til å åpne døren for at komiteens uttalelser i senere saker ville kunne få betydning for domstolens drøftelse.

²⁶⁸ Se avsnitt 2.4.2.

²⁶⁹ Judgment of 24 April 1997, *Pauger v. Austria*.

²⁷⁰ Judgment of 24 April 1997, *Pauger v. Austria* avsnittene 64-66.

Kurt-dommen fra 1998 var første gang MRKs praksis ble behandlet i EMDs materielle drøftelse. Domstolen henviste imidlertid ikke til de aktuelle uttalelsene som støtte for sine konklusjoner i denne dommen, så det fremgår ikke at uttalelsene fikk noen innvirkning på utfallet. Likevel utgjør dommen en viktig milepæl fordi den anså komiteens praksis som en relevant rettskildefaktor for EMD. To år senere ble komiteens praksis generelt regnet med som ”relevant international material” i *Ertak mot Tyrkia*,²⁷¹ og domstolen utviklet raskt som fast praksis å anerkjenne relevansen av komiteens uttalelser. Selv om uttalelsene ikke ble tillagt vekt som del av domstolens begrunnelse i disse dommene, banet de vei for at komiteens praksis kunne bli tillagt vekt i senere saker. Dette kommer tydelig frem i et særavtøm i *Çiçek mot Tyrkia*,²⁷² der dommer Maruste mente utfallet burde vært begrunnet med blant annet den ene av komiteens uttalelser som var nevnt som relevant rettskildefaktor i *Kurt mot Tyrkia*. Som domstolen i de senere sakene *Issa og andre mot Tyrkia*, *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia* og *Öcalan mot Tyrkia* skulle gjøre, trakk dommeren også frem andre rettskildefaktorer som trakk i samme retning som komiteens uttalelse. Allerede her ser vi dermed tendenser til utviklingen av en oppfatning om at MRKs praksis alene ikke har tilstrekkelig vekt til å bli førende for EMD – men at den i samvirke med andre internasjonale rettskildefaktorer har det.

Konstateringen av relevansen av uttalelser fra MRK ble videreført av mindretallet i *Fretté mot Frankrike* fra 2002, men i dette tilfellet gikk nok mindretallet litt for langt i sin vurdering av uttalelsenes vekt. Mindretallet åpnet for muligheten til å la komiteens praksis tjene som hovedargument i begrunnelsen der den er den eneste rettskildefaktoren som trekker i den retning, og dette synet har ikke blitt fulgt opp i senere dommer. Komiteens praksis ble imidlertid ikke vektlagt av flertallet, og var uansett ikke nødvendig for mindretallets standpunkt, så heller ikke her fikk den avgjørende innvirkning på domstolens drøftelse. Dommen markerer likevel nok et viktig steg i utviklingen av betydningen

²⁷¹ Judgment of 9 May 2000, *Ertak v. Turkey* avsnitt 106 (b).

²⁷² Judgment of 27 February 2001, *Çiçek v. Turkey*, Concurring opinion of Judge Maruste.

komiteens praksis får som rettskildefaktor for EMD, ved at mindretallet gav uttrykk for at det var forberedt på å tillegge den betydelig vekt.

I *Issa og andre mot Tyrkia* fra november 2004 ble MRKs praksis før første gang gitt en sentral plass i domstolens begrunnelse. Dommen viser at EMD under gitte omstendigheter kan tillegge komiteens uttalelser stor nok vekt til at de tjener som hovedargument i begrunnelsen for domstolens standpunkt. Dette ble starten på en god periode for statusen til MRKs uttalelser som rettskildefaktor for EMD, i den forstand at domstolen i flere dommer la vekt på komiteens uttalelser i sine premisser. Frem til mai 2006 avsa EMD dom i *Py mot Frankrike*, *Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia*, *Öcalan mot Tyrkia* og *Riener mot Bulgaria*, som alle inneholder referanser til uttalelser fra komiteen i domspremissene. Hvor stor vekt uttalelsene får varierer noe fra sak til sak, men denne perioden viser at komiteens praksis har etablert seg som en rettskildefaktor som kan få betydning for EMDs drøftelser.

Denne utviklingen tegner et bilde av at EMD siden *Kurt*-dommen i 1998 har vist seg stadig mer åpen for å legge vekt på komiteens uttalelser. De siste par årene har vi riktignok sett noe færre tilfeller av referanser til komiteens uttalelser i domstolens premisser, men mindretallene *Folgerø og andre mot Norge* og *Saadi mot Storbritannia* er likevel meget interessante i denne sammenhengen.

Flertallet i *Folgerø og andre mot Norge* falt ned på samme løsning som MRK hadde gjort, men uten å innta en henvisning til komiteens uttalelse.²⁷³ Dommen er et eksempel på et tilfelle der domstolen fant løsningen i egen praksis, og følgelig ikke trakk komiteens praksis inn i begrunnelsen for utfallet.²⁷⁴ Mindretallet – som kom til motsatt løsning av det MRK hadde gjort – fant imidlertid grunn til å presisere at deres votum ikke måtte anses for å være i strid med komiteens uttalelse.²⁷⁵ Det fins ingen andre eksempler på at domstolen

²⁷³ Se avsnitt 3.9.

²⁷⁴ Se avsnitt 4.3.1.

²⁷⁵ Judgment of 29 June 2007, *Folgerø and Others v. Norway* joint dissenting opinion of judges Wildhaber, Lorenzen, Bîrsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyevev and Jebens.

understreker at dens løsninger ikke må anses som stridende med avgjørelser fra komiteen, selv om de to organene ved flere anledninger har kommet til motsatt resultat.²⁷⁶ Dette kan tyde på at domstolen nå i større grad enn tidligere tilstreber å komme til løsninger som er i harmoni med MRKs uttalelser.

Utviklingen av betydningen MRKs praksis har som rettskildefaktor for EMD kulminerte i mindretallets votum i *Saadi mot Storbritannia* fra januar 2008.²⁷⁷ Mindretallet i denne dommen gav uttrykk for at der MRK har lagt til grunn en tolkning av SP som gir individene en viss beskyttelse, burde EMD tolke EMKs bestemmelser slik at den gir individene tilsvarende beskyttelse. Komiteens uttalelser ville dermed generelt virke førende for domstolens drøftelser, noe som vil være i tråd med universalitetsprinsippet.²⁷⁸ Uttalelsene vil i tilfelle gis stor vekt, og fullt så langt kan ikke domstolens praksis sies å ha kommet enda. Mindretallets votum kan likevel være et tegn på at utviklingen av hvor stor vekt domstolen tillegger komiteens uttalelser ikke har stoppet opp.

EMDs økende tilbøyelighet til å legge vekt på uttalelser fra MRK kan sees på som et utslag av en generell tendens. For eksempel har ICJ siden nittitallet i økende grad henvist til forskjellige voldgiftsavgjørelser.²⁷⁹ På samme måte som EMDs forhold til uttalelser fra MRK plikter ikke ICJ å ta slike avgjørelser i betraktning, men kan likevel under gitte omstendigheter la seg inspirere av dem. Denne tendensen kan virke som en motvekt til fragmenteringen av folkeretten. I stedet for at de forskjellige organene hver for seg utvikler sin særegne praksis, harmoniseres organenes praksis ved at de lar seg inspirere av hverandres løsninger. EMDs henvisninger til uttalelser fra MRK bidrar således til å fremme folkerettens enhet.

²⁷⁶ Se for eksempel *Kurt mot Tyrkia* hva gjelder forholdet til den forsvunne og *Öcalan mot Tyrkia* hva gjelder avsigelse av dødsdom etter urettferdig rettergang.

²⁷⁷ Se avsnitt 3.10.4.

²⁷⁸ Se avsnitt 2.3.2.

²⁷⁹ Zimmermann *The Statute of the International Court of Justice: a commentary* (2006) s. 788.

4.6 Hvorfor henviser EMD til uttalelser fra MRK?

Vi har sett at EMD ikke er formelt bundet til å ta komiteens uttalelser i betraktning, men at det likevel skjer en utvikling der domstolen blir stadig mer tilbøyelig til å legge vekt på dem. Selv om EMD er den på mange måter mest velutviklede internasjonale domstolen, velger den i visse tilfeller å henvise til et organ som ikke kan treffe juridisk bindende avgjørelser i sine begrunnelser. Spørsmålet her er hvorfor EMD henviser til uttalelser fra MRK.

Utviklingstendensen i domstolens praksis har vist at EMD først fastslo relevansen av MRKs praksis uten å legge mer vekt på den, før den senere også begynte å legge vekt på komiteens uttalelser i sine begrunnelser.²⁸⁰ På denne måten sendte domstolen først ut et signal om at den var villig til å kunne legge vekt på komiteens uttalelser, før den så tok skrittet fullt ut og begynte å tillegge uttalelsene vekt. På samme måte kan henvisninger til komiteens uttalelser der det foreligger andre rettskildefaktorer som strengt tatt kunne vært tilstrekkelig til å avgjøre den konkrete sak bidra til å legitimere avgjørelser fra MRK som rettskildefaktor. Enten EMD bruker komiteens praksis som støtteargument eller henviser til den i tillegg til mange andre internasjonale rettskildefaktorer, synliggjør den at avgjørelser fra MRK er en relevant rettskildefaktor som blir tatt i betraktning. Domstolen sender dermed ut et signal om at komiteens uttalelser vil kunne komme til å bli lagt vekt på, slik at man i senere saker kan henvise til uttalelsene uten at det vil komme som en overraskelse på rettsanvenderen.

Ved slik legitimering av MRKs praksis oppnår man to effekter. For det første legger man forholdene til rette for å kunne la komiteens praksis som selvstendig argument – og ikke bare som bevis for internasjonal sedvane – bli avgjørende for tolkningen av EMKs bestemmelser. Komiteens praksis etableres dermed som en rettskildefaktor som vil kunne få betydning for domstolens drøftelser. På denne måten gir domstolen seg selv nok et verktøy til bruk i tolkningen av EMK. I tilfeller der det måtte mangle på de tradisjonelle

²⁸⁰ Se avsnitt 4.5.

rettskildefaktorer, vil domstolen kunne komme til å legge mer direkte vekt på uttalelser fra MRK.

For det andre vil slik legitimering kunne bidra til å oppjustere statusen til avgjørelser fra MRK. Dersom en velutviklet internasjonal domstol som EMD legger vekt på uttalelser fra MRK kan dette gi ringvirkninger, slik at også andre internasjonale organer vil legge vekt på komiteens praksis. Ved å få økende betydning for EMDs drøftelser, kan MRKs praksis få større betydning også i andre sammenhenger. EMDs legitimering av komiteens uttalelser som rettskildefaktor kan dermed bidra til å fremme menneskerettighetsbeskyttelse i et større perspektiv.

5 Betraktninger de lege ferenda

Analysen ovenfor har vist at uttalelser fra MRK anses som en relevant rettskildefaktor for EMD. Domstolen trekker likevel svært sjeldent komiteens uttalelser inn i sine drøftelser, og kan ikke sies å ha utviklet klare prinsipper for hvordan den skal forholde seg til komiteens praksis. I dette kapitlet skal analysens funn vurderes i lys av betraktninger om hvor stor betydning komiteens uttalelser bør få *de lege ferenda*. Spørsmålet her er dermed i hvor stor utstrekning EMD *bør* harmonisere sin praksis med komiteens.

En naturlig konsekvens av at antallet internasjonale domstoler og domstollignende organer øker er at også det totale antallet avgjørelser disse organene produserer øker. Internasjonale domstoler og domstollignende organer som søker å komme til avgjørelser som er i harmoni med andre organers praksis må derfor holde seg oppdatert på enorme mengder praksis. Det kan nok da være fristende bare å legge vekt på andre organers praksis i de tilfellene der partene anfører det.²⁸¹

Dersom EMD bare skulle legge vekt på MRKs praksis der en uttalelse anføres av en av partene, ville det kunne bli noe tilfeldig når uttalelsene får betydning for domstolens drøftelse. Partene kan ikke forventes alltid å kjenne til relevant praksis fra MRK. En slik tilfeldighet – der betydningen komiteens uttalelser får i ytterste konsekvens avhenger av kjennskapen partenes advokater har til uttalelser fra MRK – framstår ikke som heldig. En viktig oppgave for domstoler og domstollignende organer er å sikre forutberegnelighet og en konsekvent praksis. Disse hensynene ville best ivaretas dersom domstolen systematisk kunne henvise til komiteens praksis når det foreligger en relevant uttalelse. Dette gjelder

²⁸¹ Se et eksempel på dette i Fauchald *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis* i *The European Journal of International Law* Vol. 19 (2008) No. 2 s. 301-364 på s. 342.

både der uttalelsene ikke tillegges noen vekt, og der den får betydning enten som støtteargument eller som hovedargument i begrunnelsen – og også der EMD faller ned på en annen løsning enn komiteen. Ideelt sett burde EMD dermed systematisk henvise til uttalelser fra MRK dersom det foreligger relevant praksis fra komiteen. Dette ville gi et ryddig forhold til komiteens praksis, og bidra til å motvirke fragmentering av folkeretten.

På den annen side kan ikke ønskeligheten av systematiske henvisninger sees isolert fra de praktiske vanskeligheter og betenkeligheter ved en slik ordning. Særlig to motargumenter gjør seg gjeldende: For det første blir systematiske henvisninger til relevant praksis fra komiteen vanskelig av ressursøkonomiske hensyn. Dersom domstolen skulle henvise systematisk til uttalelser fra MRK, måtte den også henvise tilsvarende systematisk til praksis fra andre organer, som for eksempel ICJ, Den interamerikanske menneskerettighetsdomstol, EF-domstolen, Jugoslavia-domstolen, FNs rasediskrimineringskomité, FNs torturkomité, FNs kvinnediskrimineringskomité osv. Dette ville i tilfelle bli en svært ressurskrevende prosess, der domstolen måtte sette seg inn i og drøfte betydningen av enorme mengder praksis fra de forskjellige organene. Tatt i betraktning EMDs store saksmengde – som først var en av årsakene bak domstolens reform i 1998, som deretter ved gjentatte anledninger har blitt fremhevet som problematisk av domstolens president,²⁸² og som hele tiden har blitt gjenspeilet i domstolens lange saksbehandlingstid – ville et slikt massivt ekstra press på ressursene kunne gjøre domstolen så ineffektiv at den ikke lenger ville være i stand til å håndtere alle innkomne klager på en tilfredsstillende måte.

For det andre ville systematisk henvisning til andre organers praksis kunne komplisere EMDs dommer unødig. Selv for det tilfelle at det skulle vise seg praktisk mulig for domstolen å henvise systematisk til alle tenkelige relevante rettskildefaktorer, ville slik utstrakt henvisning kunne gå på bekostning av oversikten. Forsøk på å avveie argumenter

²⁸² Se for eksempel *Speech given by Mr Jean-Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, 25 January 2008* i European Court of Human Rights, Annual Report 2007 s. 27-36 på s. 30 og s. 34.

fra alle organer som kunne tenkes å ha relevans ville gjøre EMDs dommer svært omfattende og kompliserte. Det er også viktig å huske på at EMDs oppgave er å avgjøre enkeltsaker under EMK, og ikke å være noen generell menneskerettighetsdomstol. Dersom domstolen finner tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre den enkelte sak i sine mer tradisjonelle rettskildefaktorer, fremstår det ikke som ønskelig at dommene skal kompliseres og arbeidsmengden ytterligere økes ved å henvise systematisk til praksis fra andre organer. Det må være tilstrekkelig at domstolen viser til komiteens uttalelser der dette foranlediges enten av partenes anførsler eller av at det mangler på andre rettskildefaktorer som bidrar til å løse den aktuelle problemstillingen.

Samtidig har vi sett flere eksempler på tilfeller der MRKs praksis nevnes under de relevante rettskildefaktorer, uten at betydningen den får blir nevnt i domstolens begrunnelse. Dette hender både i tilfeller der EMD kommer til samme konklusjon som komiteen,²⁸³ og der EMD kommer til motsatt konklusjon.²⁸⁴ I slike saker utgjør komiteens uttalelser på samme måte som ellers en relevant rettskildefaktor, men domstolen sier ikke noe om hvilken vekt uttalelsene tillegges.

Det kunne være ønskelig at domstolen i slike saker sier noe om hvorfor man ikke finner grunn til å trekke komiteens uttalelser inn i begrunnelsen. Når det foreligger en relevant uttalelse fra MRK bør betydningen av denne drøftes av domstolen – eventuelt ved å fremheve forskjellene i sakenes faktum som begrunnelse for ikke å følge MRKs løsning. Dersom uttalelsen ikke nevnes foreligger det en viktig rettskildefaktor som ikke er behandlet, og som leseren dermed kan få inntrykk av at er oversett. Ved heller å begrunne hvorfor komiteens praksis ikke tillegges vekt i tilfeller der EMD kommer til motsatt løsning, vil domstolens begrunnelse for sakens utfall fremstå som styrket. Tilsvarende vil en henvisning også til komiteens praksis i tilfeller der men kommer til samme løsning styrke domstolens begrunnelse ytterligere. Enten man kommer til samme eller motsatt løsning som komiteen, vil det virke styrkende på domstolens begrunnelse å nevne

²⁸³ Se for eksempel *Folgerø og andre mot Norge*, avsnitt 3.9 ovenfor.

²⁸⁴ Se for eksempel *Saadi mot Storbritannia*, avsnitt 3.10 ovenfor.

betydningen komiteens praksis får. EMD bør derfor si noe om hvilken betydning komiteens uttalelser får i de tilfellene der den nevner uttalelsene blant de relevante rettskildefaktorer.

6 Konklusjoner

6.1 De lege lata

Denne avhandlingen har analysert betydningen MRKs uttalelser i individklagesaker får for den materielle drøftelse i EMD. Også der relevant praksis fra MRK gjør seg gjeldende som rettskildefaktor, skal den konkrete sak som foreligger til pådømmelse på vanlig måte avgjøres ut fra EMDs metode. I *Golder-* og *Al-Adsani-*dommene gav domstolen uttrykk for at dens metode innebærer at andre regler i folkeretten skal tas i betraktning, og at EMK så langt det lar seg gjøre skal tolkes i harmoni med andre regler i folkeretten. Dette innebærer at etter EMDs metode kan MRKs praksis tas i betraktning, og analysen av domstolens praksis har vist at EMD i en rekke dommer siden nittitallet har lagt til grunn at uttalelser fra MRK er en relevant rettskildefaktor. Relevansen har ikke vært bestridt, og har heller ikke blitt problematisert av EMD. Domstolen har dermed utviklet en klar praksis som bekrefter at uttalelser fra komiteen er en relevant rettskildefaktor som kan tas i betraktning.

Den sentrale indikator på hvilken betydning uttalelser fra MRK får for den materielle drøftelse i EMD blir dermed hvor stor vekt domstolen tillegger uttalelsene. Domstolen har imidlertid en pragmatisk tolkningsstil, og formulerer ikke generelle prinsipper omkring temaet. Den sier ikke noe om hvilken vekt som må tillegges komiteens praksis generelt, men løser bare den konkrete sak ut fra de konkrete omstendigheter. Dette gjør det vanskelig å trekke sikre konklusjoner om hvilken betydning komiteens uttalelser får.

Noen tendenser har likevel vist seg gjennom analysen. Utgangspunktet er klart nok at domstolen ikke er rettslig bundet til å legge vekt på MRKs uttalelser, og den virker heller ikke å føle seg særlig forpliktet til å følge komiteens løsninger. Dersom domstolen selv har utviklet praksis innenfor spørsmålet den skal ta stilling til, forankrer den løsningen sin i

denne. I slike tilfeller trekker EMD ikke komiteens praksis inn i begrunnelsen, hva enten uttalelsene taler for eller mot den løsning domstolen faller ned på. Vi har sett eksempler på at EMD strekker seg langt i å finne løsningen i egen praksis – selv der domstolens praksis ikke nødvendigvis gir noen klar løsning på den aktuelle problemstilling, forankres begrunnelsen heller i denne enn i uttalelser fra komiteen. I enkelte slike tilfeller hender det at komiteens praksis brukes som støtteargument, og bidrar dermed til å gi domstolens begrunnelse sterkere forankring.

Først dersom løsningen ikke følger umiddelbart av konvensjonens ordlyd, og EMD heller ikke finner løsning på den aktuelle problemstillingen i egen praksis, åpner domstolen for å gi uttalelser fra MRK en mer sentral rolle i begrunnelsen. I slike tilfeller vil domstolen ha liten eller ingen veiledning i de interne rettskildefaktorer, og trekker da i tillegg til uttalelser fra MRK også en rekke andre eksterne faktorer inn i drøftelsen. Som en følge av dette har komiteens praksis aldri vært den eneste rettskildefaktoren domstolen støtter sin begrunnelse på. Også andre internasjonale rettskildefaktorer som trekker i samme retning som komiteens uttalelser blir tillagt vekt, slik at uttalelsene bare blir én blant mange faktorer som til sammen utgjør begrunnelsen. Dette tyder på at komiteens praksis enten blir brukt som ledd i bevis for en internasjonal sedvane, eller at den så langt ikke blitt tillagt tilstrekkelig vekt til alene å kunne begrunne resultatet i tilfeller der den tjener som selvstendig argument for en bestemt løsning.

Tilfeller der uttalelser fra MRK får betydning for EMDs materielle drøftelse har vist seg å oppstå sjeldent. EMD henviser ikke i mer enn 32 av sine drøyt 10 000 avsagte dommer til individklagesaker fra MRK, og analysen ovenfor har bare klart å peke ut en håndfull tilfeller hvor uttalelser fra MRK blir brukt i begrunnelsen for utfallet. På den annen side kan det spores en tendens til at domstolen blir mer og mer tilbøyelig til å henvise til uttalelser fra MRK. Mens det fra den første tiden av de to organenes sameksistens ikke finnes noen henvisninger i domstolens praksis til uttalelser fra MRK, har det siden slutten av nittitallet blitt avsagt en stadig sterkere strøm av dommer som henviser til komiteens praksis. I tillegg har domstolen i de senere dommene formulert seg sterkere hva gjelder

betydningen komiteens praksis får for domstolens drøftelse. Fremtiden vil vise hvorvidt denne utviklingen vil fortsette eller avta.

Betydningen MRKs uttalelser får for EMDs materielle drøftelse er et eksempel på ett av de mange temaene under folkerettens fragmentering, nemlig hvordan internasjonale domstoler og domstollignende organer forholder seg til hverandres avgjørelser. Analysen av domstolens praksis har vist at EMD tar MRKs uttalelser i betraktning, og at det under gitte omstendigheter skjer en viss harmonisering av de to organenes praksis. EMDs forhold til komiteens uttalelser kan ikke sies å bidra til fragmentering i noen grad som skulle true folkerettens enhet, og illustrerer at systemet under Europarådet ikke utgjør et self-contained regime.

6.2 De lege ferenda

Kryssende hensyn må avveies i vurderingen av hvor grundig domstolen bør harmonisere sin praksis med komiteens. Ideelt sett kunne det være ønskelig at domstolen systematisk skulle henvise til MRKs praksis i ethvert tilfelle der det foreligger relevante uttalelser, for best å ivareta hensynene til konsekvens og forutberegnelighet. Dette ville legge forholdene best mulig til rette for en hensiktsmessig harmonisering av de to organenes praksis, og bidra til å motvirke fragmentering av folkeretten.

Samtidig har slik systematisk henvisning store praktiske betenkeligheter ved seg. Dersom domstolen skulle henvise systematisk til MRKs praksis, ville den også måtte henvise systematisk til praksis fra en rekke andre organer. Dette ville sprengte alle rammer for hvilken arbeidsbyrde EMD er i stand til å håndtere. Selv for det tilfelle at det skulle være praktisk mulig å foreta systematiske henvisninger til all tenkelig relevant praksis, ville dette gjøre domstolens dommer svært omfattende og kompliserte. EMD bør derfor holde fast ved dagens praksis, der den bare trekker inn uttalelser fra MRK dersom dette er foranlediget enten av partenes anførsler eller av at det foreligger få andre rettskildefaktorer som gir anvisning til løsningen

Et minstekrav bør likevel være at der EMD refererer til komiteens praksis under sakens faktiske side, bør den også si noe om hvilken betydning denne får for domstolens drøftelse. På samme måte som ellers ville det være ønskelig at EMD sier noe om hvordan den forholder seg til den foreliggende praksisen fra MRK, og da dette er snakk om relativt få tilfeller, gjør ikke de praktiske betenkelighetene seg gjeldende med samme styrke her. Ved å si litt om betydningen komiteens uttalelser får for domstolens drøftelse, ville EMD styrke begrunnelsen for sin løsning. Dette gjelder både der domstolen faller ned på samme løsning som komiteen, og der den kommer til en annen løsning.

7 Litteratur

Andenæs, Johs. *Innføring i rettsstudiet*. Oslo, 2002.

Brems, Eva. *Human rights: universality and diversity*. The Hague, 2001.

Brownlie, Ian. *Principles of public international law*. Oxford, 2008.

Buergenthal, Thomas. *Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad?* i 14 *Leiden Journal of International Law* (2001) s. 267-275

Bårdsen, Arnfinn. *Krenkelser og klager: vilkårene for realitetsbehandling av private klager ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen*. Bergen ; Oslo, 1999.

Callewaert, Johan. *Is there a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?* i *Human Rights Law Journal* 19 (1998) s. 6-9.

Cassese, Antonio. *International law*. Oxford, 2005.

Coomans, Fons og Menno T. Kamminga. *Extraterritorial application of human rights treaties*. Antwerpen, 2004.

Crawford, James. *The International Law Commission's articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge, 2002.

Dijk, P. van, Yukata Arai og G. J. H. van Hoof. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen, 2006.

Dijk, P. van og G. J. H. van Hoof. *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*. The Hague, 1998.

Donnelly, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca, 2003.

Donnelly, Jack. *International human rights*. Boulder, Colo., 2007.

Eckhoff, Torstein og Nils Kristian Sundby. *Rettssystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. Oslo, 1991.

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode i Lov og Rett* 2003 s. 203-231.

Evans, Malcolm D. *International law*. Oxford, 2006.

Fauchald, Ole Kristian. *The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis* i The European Journal of International Law Vol. 19 (2008) No. 2 s. 301-364.

Fleischer, Carl August. *Folkerett*. Oslo, 2005.

Frøberg, Thomas. *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor* i Jussens Venner 2007 s. 176-194.

Greer, Steven. *The European Convention on Human Rights: achievements, problems and prospects*. Cambridge, 2006.

Hutchison, Michael R. *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights* i The International and Comparative Law Quarterly vol. 48 (1999) s. 638-650.

Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*. Oslo, 2006.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.

Jacobs, Francis G. et al. *The European Convention on Human Rights*. Oxford, 2006.

Kravik, Andreas M. *Torturkomiteens anmodninger om midlertidig beskyttelse og deres gjennomslagskraft i norsk rett* Lov og Rett 2008 s. 102-119.

Leonhardsen, Erlend M. *Å betrakte andres lidelse som "inadmissable" – Anvendelse av den europeiske menneskerettighetskonvensjon utenfor konvensjonsstatenes grenser* i Lov og Rett 2007 s. 233-252.

Linderfalk, Ulf. *On the interpretation of treaties: the modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Dordrecht, 2007.

Lorenzen, Peer. *Den Europeiske menneskerettighetskonvensjon*. København, 2003.

Macdonald, Ronald St J. et al. *The European system for the protection of human rights*. Dordrecht, 1993.

Mahoney, Paul. *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* i Human Rights Law Journal 19 (1998) s. 1-6.

McGoldrick, Dominic. *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford, 1991.

McLachlan, Campbell. *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention* i International and Comparative Law Quarterly 54 (2005) s. 279-320.

McNair, Arnold Duncan McNair Baron. *The law of treaties*. Oxford, 1961.

Merrills, J. G. *The development of international law by the European Court of Human Rights*. Manchester, 1993.

Mirmotahari, Amir. *EMK og mellomprivate konflikter: statsansvar for mellomprivate konflikter etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Oslo, 2007.

Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*. Kehl, 2005.

Opsahl, Torkel. *Statsmakt og menneskerett bind 2*, redigert av Njål Høstmælingen, Henning Jakhell og Carsten Smith. Oslo, 1995.

Pasqualucci, Jo M. *Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization* i 38 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1 2005 s. 1-49.

Rehman, Javaid. *International human rights law: a practical approach*. Harlow, 2003.

Rosenne, Shabtai. *The Law and Practice of the International Court 1920-2002, volume III Procedure*. Leiden, 2006.

Ruud, Morten og Geir Ulfstein. *Innføring i folkerett*. Oslo, 2006.

Rytter, Jens Elo. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*. København, 2006.

Sikuta, Ján og Eva Hubáľková. *European Court of Human Rights: case-law of the Grand Chamber 1998-2006*. The Hague, 2007.

Simma, Bruno. *Self-Contained Regimes* i XVI Netherlands Yearbook of International Law (1985) s. 111-136.

Simma, Bruno og Dirk Pulkowski *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law* i The European Journal of International Law Vol. 17 (2006) No. 3 s. 483-529.

Steiner, Henry J., Alston, Philip og Goodman, Ryan. *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials*. Oxford, 2008.

Sørensen, Christian Børge. *Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen* i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2004 s. 134-196.

Tomuschat, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. Oxford, 2003.

Yourow, Howard Charles. *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*. The Hague, 1996.

Zimmermann, Andreas. *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*. Oxford, 2006.

8 Registre

8.1 Lover

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

8.2 Konvensjoner

Treaty of peace between the allied and associated powers and Germany, Versailles 28. juni 1919.

Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. november 1950.

International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. mai 1969.

8.3 Høyesterettsdommer

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2001 s. 1006

8.4 Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol og -kommisjon

Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979.

Akkum and Others v. Turkey, judgment of 24 March 2005.

Al-Adsani v. The United Kingdom, judgment of 21 November 2001.

Bader and Kanbor v. Sweden, judgment of 8 November 2005.

Banković and others v. Belgium and others, admissibility decision of 12 December 2001.

Bartik v. Russia, judgment of 21 December 2006.

Belgian linguistic case, judgment of 23 July 1968.

Botmeh and Alami v. the United Kingdom, judgment of 7 June 2007.

Brannigan and McBride v. the United Kingdom, judgment of 25 May 1993.

Christine Goodwin v. The United Kingdom, judgment of 11 July 2002.

Çiçek v. Turkey, judgment of 27 February 2001.

Cruz Varas and Others v. Sweden, judgment of 20 March 1991.

Cyprus v. Turkey, judgment of 10 May 2001.

Demir and Baykara v. Turkey, judgment of 12 November 2008.

Denmark v. Turkey, judgment (friendly settlement) of 5 April 2000.

D.H. and Others v. the Czech Republic, judgment of 13 November 2007.

Dickson v. the United Kingdom, judgment of 4 December 2007.

Engel and Others v. the Netherlands, judgment of 8 June 1976.

Ergi v. Turkey, judgment of 28 July 1998.

Ergin v. Turkey (no. 6), judgment of 4 May 2006.

Ertak v. Turkey, judgment of 9 May 2000.

Folgerø and Others v Norway, admissibility decision of 16 February 2006.

Folgerø and Others v. Norway, judgment of 29 June 2007.

Fretté v. France, judgment of 26 February 2002.

Galliani v. Romania, judgment of 10 June 2008.

G.B. v. Bulgaria, judgment of 11 March 2004.

Gharibashvili v. Georgia, judgment of 29 July 2008.

Golder v. The United Kingdom, judgment of 21 February 1975.

Gongadze v. Ukraine, judgment of 8 November 2005.

Hirst v. the United Kingdom (no. 2), judgment of 30 March 2004.

Hirst v. the United Kingdom (no. 2), judgment of 6 October 2005.

Hugh Jordan v. the United Kingdom, judgment of 4 May 2001.

Hussein v. Albania, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and the United Kingdom, admissibility decision of 16 March 2006.

İletmiş v. Turkey, judgment of 6 December 2005.

Iorgov v. Bulgaria, judgment of 11 March 2004.

Ismoilov and Others v. Russia, judgment of 24 April 2008.

Issa and Others v. Turkey, judgment of 16 November 2004.

John Murray v. UK, judgment of 25 January 1996.

Kaya and Others v. Turkey, judgment of 24 October 2006.

Kelly and Others v. the United Kingdom, judgment of 4 May 2001.

K.-H. W. v. Germany, judgment of 22 March 2001.

Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark, judgment of 7 December 1976.

Kurt v. Turkey, judgment of 25 May 1998.

Ladent v. Poland, judgment of 18 March 2008.

L. and V. v. Austria, judgment of 9 January 2003.

Lepojić v. Serbia, judgment of 6 November 2007.

Loizidou v. Turkey, judgment of 18 December 1996.

Luordo v. Italy, judgment of 17 July 2003.

Makaratzis v. Greece, judgment of 20 December 2004.

Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey, judgment of 6 February 2003.

Mamatkulov and Askarov v. Turkey, judgment of 4 February 2005.

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987.

McKerr v. the United Kingdom, judgment of 4 May 2001.

Melnychenko v. Ukraine, judgment of 19 October 2004.

Muminov v. Russia, judgment of 11 December 2008.

Nachova and Others v. Bulgaria, judgment of 6 July 2005.

Nesibe Haran v. Turkey, judgment of 6 October 2005.

Pauger v. Austria, judgment of 24 April 1997.

Polacco and Garofalo v. Italy, commission decision of 15 September 1997.

Py v. France, judgment of 11 January 2005.

Riener v. Bulgaria, judgment of 23 May 2006.

Rohde v. Denmark, judgment of 21 July 2005.

Rusu v. Austria, judgment of 2 October 2008.

Saadi v. the United Kingdom, judgment of 29 January 2008.

Sadaykov v. Bulgaria, judgment of 22 May 2008.

Sejdovic v. Italy, judgment of 10 November 2004.

Shanaghan v. the United Kingdom, judgment of 4 May 2001.

Şimşek and Others v. Turkey, judgment of 26 July 2005.

S.L. v. Austria, judgment of 9 January 2003.

Solomou and Others v. Turkey, judgment of 24 June 2008.

Stoll v. Switzerland, judgment of 10 December 2007.

Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, judgment of 22 March 2001.

Sukhovetskyy v. Ukraine, judgment of 28 March 2006.

TV Vest AS & Rogaland Pensjonistparti v. Norway, judgment of 11 December 2008.

Tysiāc v. Poland, judgment of 20 March 2007.

Ünal Tekeli v. Turkey, judgment of 16 November 2004.

Vo v. France, judgment of 8 July 2004.

Vrencev v. Serbia, judgment of 23 September 2008.

Yuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, judgment of 1 December 2005.

Öcalan v. Turkey, judgment of 12 March 2003.

Öcalan v. Turkey, judgment of 12 May 2005.

8.5 Avgjørelser fra Den internasjonale domstol og Den permanente internasjonale domstol

Case of the SS Wimbledon, PCIJ Series A, No. 1 (1923).

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), ICJ Reports 1980 s. 3.

8.6 Uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité

A. v. Australia. Communication No 560/1993: Australia. 30/04/97.
CCPR/C/59/D/560/1993.

Bakhtiyari v. Australia. Communication No 1069/2002: Australia. 06/11/2003.
CCPR/C/79/D/1069/2002.

Bautista v. Colombia. Communication No. 563/1993: Colombia. 13/11/95.
CCPR/C/55/D/563/1993.

C. v. Australia. Communication No 900/1999: Australia. 13/11/2002.
CCPR/C/76/D/900/1999.

Celep v. Sweden. Communication No. 456/1991: Sweden. 02/08/94.
CCPR/C/51/D/456/1991.

Celiberti de Casariego v. Uruguay. Communication No. 56/1979: Uruguay. 29/07/81.
CCPR/C/13/D/56/1979.

Daniel Mbenge v. Zaire. Communication No. 16/1977: Democratic Republic of the Congo. 25/03/83. CCPR/C/18/D/16/1977.

Gillot et al. v. France. Communication No 932/2000: France. 26/07/2002.
CCPR/C/75/D/932/2000.

Glen Ashby v. Trinidad and Tobago. Communication No. 580/1994: Trinidad and Tobago.
21/03/2002. CCPR/C/74/D/580/1994.

Leirvåg et al. v. Norway. Communication No 1155/2003: Norway. 23/11/2004.
CCPR/C/82/D/1155/2003.

Lopez Burgos v. Uruguay. Communication No. 52/1979: Uruguay. 29/07/81.
CCPR/C/13/D/52/1979.

Miguel González del Río v. Peru. Communication No. 263/1987: Peru. 28/10/92.
CCPR/C/46/D/263/1987.

Mojica v. The Dominican Republic. Communication No. 449/1991: Dominican Republic.
10/08/94. CCPR/C/51/D/449/1991.

Piandiong et al. v. the Philippines. Communication No. 869/1999: The Philippines.
19/10/2000. CCPR/C/70/D/869/1999.

Quinteros v. Uruguay. Communication No. 107/1981: Uruguay. 21/07/83.
CCPR/C/19/D/107/1981.

Reid v. Jamaica. Communication No 250/1987: Jamaica. 21/08/90.
CCPR/C/39/D/250/1987.

Sholam Weiss v. Austria. Communication No. 1086/2002: Austria. 15/05/2003.
CCPR/C/77/D/1086/2002.

Toonen v. Australia. Communication No. 488/1992: Australia. 04/04/94.
CCPR/C/50/D/488/1992.

Van Alphen v. The Netherlands. Communication No 305/1988: Netherlands. 15/08/90.
CCPR/C/39/D/305/1988.

Wright v. Jamaica. Communication No. 349/1989: Jamaica. 27/08/92.
CCPR/C/45/D/349/1989.

8.7 FN-dokumenter

A/CN.4/L.682, 13 April 2006, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission.

A/CN.4/L.702, 18 July 2006, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission.

Report of the International Law Commission, Fifty-fourth session, A/57/10.

Report of the International Law Commission, Fifty-second session, A/55/10.

Report of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights, A/CONF.157/ASRM/8 A/CONF.157/PC/59.

Rules of procedure of the Human Rights Committee: 24/04/2001, CCPR/C/3/Rev.6.

Universal Declaration of Human Rights, UN GA/RES/217 A (III), 10. desember 1948.

Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/23, 12. juli 1993.

8.8 Internetttsider

Council of Europe:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?PO=MOT&MA=999&SI=2&CM=3&CL=ENG>, besøkt 21. mai 2008.

European Court of Human Rights:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, besøkt 7. januar 2009.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Takhayeva%20%7C%20Others%20%7C%20v.%20%7C%20Russia&sessionid=17184261&skin=hudoc-pr-en>, besøkt 1. oktober 2008.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=%22py%20v.%20france%22%20%7C%20press%20%7C%20release%20%7C%2066289/01&sessionid=15398539&skin=hudoc-pr-en>, besøkt 1. november 2008.

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf>, besøkt 7. November 2008.

International Law Commission:

http://untreaty.un.org/ilc/summaries/1_9.htm, besøkt 26. oktober 2008.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>, besøkt 29. desember 2008.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/4.htm>, besøkt 12. desember 2008.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>, besøkt 12. desember 2008.

8.9 Annet

Speech given by Mr Jean-Paul Costa, President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, 25 January 2008 i European Court of Human Rights, Annual Report 2007.